

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Procesal



TESIS DOCTORAL

Contribución al estudio de la prescripción y la caducidad

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Pedro Antonio Lucena González

DIRECTOR:

Miguel, dir Fenech Navarro

Madrid, 2015

TE 480

" C O N T R I B U C I O N A L E S T U D I O D E
L A P R E S C R I P C I O N Y L A
C A D U C I D A D "

Tesis doctoral dirigida por el Prof. Dr.

D. MIGUEL FENECH NAVARRO

Doctorando: PEDRO ANTONIO LUCENA GONZALEZ

Dpto. DERECHO PROCESAL

Facultad de DERECHO

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE

Madrid, a diez de Mayo de 1983

INDICE

I. INTRODUCCION

- 1. Conceptuación y realidad 2
- 2. Opción por el formalismo científico. 4

II PRECISIONES SOBRE ALGUNOS DE LOS TERMINOS QUE MAS
HABREMOS DE EMPLEAR.

- 1. Ius en sentido subjetivo y actio 14
 - 1.1 Planteamiento de la cuestión 14
 - 1.2 Ius en sentido subjetivo 15
 - 1.3 Actio 20
 - 1.4 Relaciones actio-ius 25
 - 1.5 Ius y actio en el Derecho Común 27
- 2. La acción en la doctrina actual 29
 - 2.1 Un punto de partida: la polémica Windcheid-
Muther. 29
 - 2.2 Tras las huellas de Muther 31
 - 2.3 La doctrina moderna 31
- 3. Acción en los códigos 33
 - 3.1 No existe un único sentido de acción en las
leyes españolas 33
 - 3.1.1 Código Civil 33
 - 3.1.2 Otros textos legales 37
 - 3.2 Una acotación del concepto. 40

4. Derecho	42
4.1 Código Civil.....	42
4.2 Otras leyes	43
4.3 Una acotación del concepto	44
5. Ejercicio de un derecho	46
5.1 Estática y dinámica	46
5.1.1 Acción y omisión	47
5.1.2 Hecho y acto	47
5.1.3 Mínima unidad de acto	48
5.2 Observaciones prácticas	49
5.3 Un caso concreto: ejercicio de la acción	49
III TIEMPO Y DERECHO	
1. Un punto de partida	88
1.1 Momento y plazo	88
2. Especial consideración de los plazos	90
2.1 Una clasificación formal	90
2.1.1 Consecuencias "formales" de la clasificación efectuada.	93
3. El tiempo no corre igualmente para todos	95
IV. LOS HECHOS, LA CADUCIDAD Y LA PRESCRIPCION	
1. Hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes.	99
1.1 La consecuencia jurídica -extinción del derecho- de la norma que fija la prescripción y caducidad.	100

1.2 El supuesto de hecho de la norma que fija la prescripción y caducidad	101
2. Los hechos en la casación	102
V. FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCION Y CADUCIDAD	
1. No existe una única razón sino varias	111
2. Un elenco de razones	113
2.1 Razones a favor y en contra	113
2.2 Un cuadro de razones a favor	117
VI. ORIGENES Y DESARROLLO HISTORICO DE LA PRESCRIPCION Y LA CADUCIDAD.	
1. Un punto de partida: no siempre y en todas par- tes existió la prescripcón extintiva y la ca- ducidad.	130
2. Tres épocas en el desarrollo de la prescripción extintiva: estudio accidental de la historia de la caducidad.	131
2.1 1ª Epoca: la prescripción implica no ejerci- cio de la acción	131
2.2 2ª Epoca: la prescripción implica buena fe del que prescribe.	131
2.3 3ª Epoca: la prescripción implica no recla- mación del titular...contra el favorecido por la prescripción.	132
3. Historia de la caducidad.	134
3.1 Un punto de partida: Grawein	134
3.2 La crítica de Rosenberg a Grawein	136

4. Una aplicación crítica del origen y desarrollo históricos de la prescripción y caducidad a las leyes españolas vigentes: la interrupción de la prescripción	138
4.1 1ª Hipótesis: el legislador español opta - plenamente por la concepción moderna: la - prescripción implica siempre no reclamación del acreedor.. contra el deudor	140
4.2 2ª Hipótesis: el legislador español opta - plenamente por la concepción canónica: la prescripción implica siempre buena fe por parte del que prescribe	142
4.3 3ª Hipótesis: el legislador español opta - plenamente por la concepción romana: la -- prescripción implica siempre no ejercicio de la acción	143
4.4 Recapitulación: el legislador español adopta un criterio mixto romano-canónico-moderno respecto a la prescripción	144

VII COMIENZO, DESARROLLO Y FINALIZACION DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCION Y CADUCIDAD.

1. Comienzo del plazo	210
1.1 Necesidad de distinguir entre nacimiento de la acción y nacimiento del plazo para ejercitarla	210
1.2 Necesidad de distinguir entre nacimiento del plazo para ejercitar la acción "a los efec-	

tos de interposición de demanda" del plazo para ejercitar la acción "a los efectos de prescripción/caducidad.....	211
1.3 No existe una regla única para determinar el termino a quo de los plazos de prescripción y caducidad	212
2.. Desarrollo	215
2.1 No existen ni causas "per se" de suspensión ni tampoco causa "per se" de interrupción. .	215
2.2 Los plazos de caducidad son susceptibles de suspensión	217
2.3 El ejercicio del derecho sometido a plazo de prescripción/caducidad no es una causa más de interrupción.	217
2.4 Lo que se interrumpe o suspende es el plazo, no la prescripción o caducidad	218
2.5 El reconocimiento del deudor puede "impedir" la caducidad.	219
2.6. Hoy por hoy, lo único que con "cierta seguridad se puede afirmar es que el plazo de caducidad de la acción no es interrumpible por reclamación extrajudicial.	220
3. Extinción	221
3.1 No es esencial a la caducidad su estimación de oficio como tampoco lo es a la prescripción su estimación a instancia de parte....	221
3.2 Renuncia a la prescripción y a la caducidad	222

VIII CONSIDERACIONES FINALES

1. Existen supuestos de caducidad en los que <u>sub</u> siste una obligación natural	324
2. Prescriben las acciones y caducan los dere-- chos	325
3. Epílogo	326
CONCLUSIONES	374
BIBLIOGRAFIA	377

I. INTRODUCCION

No hemos juzgado conveniente introducirnos en el estudio del tema de fondo que nos ocupa sin acudir antes a una serie de precisiones, fundamentalmente metodológicas, necesarias a la hora de tratar no importa qué tema.

Queremos igualmente hacer constar cómo, a lo largo de toda la labor desarrollada, hemos procurado -- orientarnos por un espíritu globalizador, evitando -- que la especialización en un determinado tema, como pudiera ser la distinción prescripción-caducidad, -- nos absorbiera la visión de conjunto, tan necesaria para no caer en desenfoques. No podemos por menos -- que hacer nuestros, al menos en cuanto anhelo, los célebres versos de Schiller:

"Denn wer den Sinn aufs Ganze hält gerichtet,
Dem ist der Streit in seiner Brust geschlichtet".

1. CONCEPTUACION Y REALIDAD

Suele hablarse normalmente de entes físicos por contraposición a los entes de razón. Aquellos existían en la "realidad"; éstos, sólo en nuestro pensamiento. Parece entonces como si entre entes de la naturaleza y entes de la razón existiera una barrera nítida e infranqueable. El planteamiento, sin embargo, nos parece incorrecto. Sentando otras bases, diremos:

- Que nos referiremos a los entes, físicos o de razón, en cuanto parte de nuestro pensamiento (1). - Para nada entramos, por tanto, en su existencia o no fuera de nuestra mente.
- Que, en tal sentido, tan real será, para nuestra concepción, un "ente físico" como un "ente de razón".
- Que, así las cosas, no encontramos barrera alguna, sino continuum, entre entes de uno y otro tipo (2)
- Que los conceptos son más o menos precisos pero no más o menos reales; tampoco más o menos veraces(3)

Pero los conceptos no viven en el aire. Necesitan ser expresados mediante términos. De tal modo, sirven no sólo a la personal comprensión de la realidad (a la que mediante los conceptos deshacemos y rehacemos constantemente) sino a la comunicación. Advertimos un peligro: toda expresión, todo término, conlleva necesariamente una traba a la idea, no sólo para

quien la formula, sino también para quien la percibe. Defectuosa expresión y malentendimiento no son sino dos fenómenos implicativos de la discordancia concepto-término.

Y puesto que de la exposición de una serie de ideas se trata, procuraremos, en la medida de lo posible, A) Evitar imprecisiones B) Expresarnos adecuadamente.

2. OPCION POR EL FORMALISMO CIENTIFICO

No todo formalismo es científico. De otro lado, - la ciencia, de por sí, no implica formalismo. Declaramos haber optado por el formalismo científico. Vea mos en qué consiste tal opción.

Razón y ciencia

Formularemos, a nuestros efectos, la siguiente re lación entre razón y ciencia: entenderemos por razón el empleo de una y/u otra de dos aptitudes del ser - humano, a saber, la inducción (4) y la deducción; En tenderemos por ciencia el empleo profuso (5) de una y/u otra aptitud respecto a determinado tema.

Si se repara, los conceptos ofrecidos tienen una gran similitud con los que actualmente, de forma más o menos precisada, circulan (6).

De las definiciones ofrecidas podemos deducir:

- Que toda ciencia implica razón pero no al revés -- (el hombre medio posee razón pero no ciencia).
- Que la ciencia siempre se refiere a un determinado tema concreto (especialidad), no ocurriendo así -- con la razón.
- Que la ciencia "perfecta" no implica la razón "perfecta"; la razón "perfecta", por contra, sí implica la ciencia "perfecta" (7)
- Que tanto la razón como la ciencia, aunque a dis--

tinto nivel -en función de lo que por "profusión" se entienda- admiten errores e imprecisiones.

- Que tanto la razón como la ciencia presuponen un punto de partida: si de deducción hablamos, los -- "principia" (axiomas, si los avalorizamos); si de inducción, el trozo de "realidad" a experimentar -en el sentido de observar- (8).
- Que el punto de partida (creencia, intuición, sensación,...) y el instrumento para su desarrollo -- (deducción/inducción) no resultan incompatibles si no que, por contra, se complementan.

Sobre la duda metodológica y la limitación de la ciencia

Agamos tabla rasa de todo lo aprendido y sometámonos a la luz de nuestro entendimiento, diría Descartes. De acuerdo con tal idea, anunciamos nuestro propósito de someter a absoluta crítica cualquier posición doctrinal que se nos ofrezca.

Pero la ciencia tiene sus límites, por arriba y -- tal vez también por debajo (9). Nunca la ciencia será capaz de "demostrar" la "veracidad" del último -- punto de partida. A lo sumo, incluiré en el desarrollo el anterior punto de partida adoptando, eso sí, uno nuevo (10). Y si esto es así, razón de más para que reconozcamos la "humildad" de la ciencia (11): -- no sólo ocurre que es capaz de sufrir errores e im--

precisiones en su desarrollo sino que además, no ---
abarca todo tipo de conocimiento.

La ciencia del derecho

Basándonos en el concepto anteriormente ofrecido de ciencia, dado por otro lado el actual desarrollo de los estudios jurídicos, nos permitiremos hablar, de ahora en adelante, de la ciencia del derecho. Y - ello, a pesar de las muchas imprecisiones y también errores en la misma encontrados (12).

Conclusión

Tan sólo suponemos -no afirmamos- la veracidad de los puntos de partida que adoptemos. Además, el estudio emprendido (distinción prescripción-caducidad) - se enmarca dentro de la ciencia del derecho. Puesto que reunimos los requisitos esenciales (base avalora tiva y desarrollo científico) estamos en condiciones de pretender un carácter científico-formal para nues tro estudio.

- (1) Dice Bröckhaus que el pensamiento es "la capacidad del hombre (y probablemente de muchos animales superiores) no sólo para percibir directamente el medio ambiente, sino para representárselo interiormente, incluyendo los cambios pasados y futuros".
- (2) El concepto "hombre" ¿sería ente físico o de razón? ¿y el concepto 'Calle Mayor'? Ambos son pertenecientes a la naturaleza pero no absolutamente pertenecientes a la misma. Entre el "ser" y "la más particularizada especie que consideremos" no existe sino continuum, nunca brusca separación.
- (3) El concepto es una simple acotación de la realidad. Un concepto que podríamos decir absolutamente preciso sería aquél que inmediatamente sirviera para identificarnos una determinada parcela de la realidad, absolutamente deslindada del resto. Un concepto impreciso es aquél que no llega a esclarecer perfectamente los límites de la parcela que acota respecto a la "otra" parte de la realidad. Así, los conceptos referidos a lo que directamente percibimos por los sentidos, serán normalmente más precisos que los demás.

Obsérvese que nada tiene que ver el término "preciso" con la expresión en más o menos vocablos de un concepto.

- (4) La inducción, por su parte, no se corresponde -- con la simple experimentación; esta última es -- condición necesaria, pero no suficiente, de la -- primera.

La inducción por otro lado, no limita su campo de actuación al mundo físico exterior. No --- existe impedimento alguno para aplicarla a otro tipo de realidades, como por ejemplo sentimientos, intuiciones, poderes, etc.

- (5) Sólo mediante la fijación de un determinado criterio puede desproveerse de carga valorativa al concepto "profusión". Aceptado como válido el -- criterio personal de cada individuo se comprende ra cómo, dentro de la delimitación ofrecida, cada uno pueda tener una propia y distinta visión sobre la científicidad de no importa qué tipo de estudio, en función del grado de exigencia que -- requiera en el empleo de la deducción-inducción para calificarlo de "propio".
- (6) Así, diríamos, la disputa sobre si el derecho, -- la filosofía o incluso la teología son o no ciencia podría "resolverse" del siguiente modo:
- Si lo que se pretende es decir que toda ciencia ha de tener un caracter predominantemente in--ductivo, en función de una determinada concepción de la "predominancia" habremos de admitir que tales disciplinas son -o no- ciencia.

- Si se admite que toda ciencia ha de ser inductiva y basarse quasi exclusivamente en el mundo físico exterior al sujeto, entonces es evidente que ni el derecho, ni la filosofía ni la teología (pero tampoco la medicina o la sociología -a no ser que cuando menos relajemos la condición de "exterioridad al sujeto") lo son.
 - Si, de otro modo, lo que ^{se} significa es que toda ciencia ha de emplear "profusamente" deducción /inducción, resulta en principio admisible que las disciplinas arriba mencionadas lo fueran.
- (7) Dicho de otro modo, el grado sumo de "profusión" en la razón implica el grado sumo de "profusión" en la ciencia, pero no al revés. A este nivel, - la ciencia deviene species del genus razón.
- (8) Es curioso a este respecto observar como frente a la tiranía medievalesca de los "principia" -relajados hoy en día cuando menos a la categoría - de axiomas- se contrapone, y aún nos hallamos -- dentro de esta etapa, la tiranía de la realidad observable, puramente material, física. en un comienzo (empirismo, ciertas corrientes positivistas en sus orígenes); un tanto más espiritualizada actualmente. Y sin embargo, ni a favor de los 'principios', ni a favor de la realidad observable militan tan argumentos indubitables sobre su "veracidad".

- (9) En 1.872 el naturalista Emil Du Bois-Raymond viajó de Berlín a Leipzig para dar una conferencia sobre el tema "Los límites sobre el conocimiento de la Naturaleza". Du Bois-Raymond terminó su disertación con las siguientes palabras: "ignora--mus et ignorabimus" (en honor a la verdad hay --que decir que al poco tiempo de su discurso otro no menos prestigioso naturalista, Ernst Haeckel, se opuso a su teoría).

El biólogo austriaco Ludwig von Bertolouffy -- ha dicho: "Va mucho más allá de nuestra capaci--dad de comprender en todos sus detalles los más sencillos procesos físico-químicos que tienen lugar en las más sencillas células".

En la matemática actual el teorema de Godel -- (relativo a la continua indemostrabilidad de al menos uno de los teoremas fijados como punto de partida) resulta aceptado.

- (10) "La Ciencia humana, dice Blaise-Pascal, se parece a una bola que crece ininterrumpidamente. El número de sus puntos de contacto con lo descono--cido se multiplica en la misma medida en que --aumenta su volumen".
- (11) Descartes cree haber encontrado "el" punto de --partida: "cogito ergo sum". Como ha puesto de --relieve Ortega y Gasset, en su libro ¿Qué es Filosofía?, aparte una connotación ideológica la-

tente en tal punto de partida (puede decirse -- que la moderna concepción del mundo, individualista, en la que el hombre ocupa una posición central tiene su origen en tal idea), tal punto de partida es incorrecto (según Ortega de "Pienso" no puede deducirse que "yo" existo sino, en su caso, que "mi pensamiento" existe).

- (12) Resaltaremos, a efectos de ejemplificación, una imprecisión y un error.

¿Hasta dónde llega "exactamente" el campo -- del derecho?. Dicho de otro modo, ¿qué es derecho?. Si particularizamos la cuestión al campo de lo procesal, preguntaríamos ¿Dónde termina el derecho procesal? ¿Dónde hacer comenzar el terreno del derecho material y el de otras parcelas no jurídicas de la vida social?. A pesar de la imprecisión evidente, decimos que la misma no obsta al carácter científico de la ciencia del derecho (ya dijimos que en la ciencia, aunque a distinto nivel pero en la razón, también cabía imprecisión y muchos errores) y ello por dos razones:

- Por la dificultad que a la hora de la verdad supone toda disección.
- Porque, en el caso particular que nos ocupa -- (relaciones derecho-mundo extrajurídico) nos encontramos con que la disección es especial-

mente árdua.

No se trata simplemente de separar el derecho de la "otra" realidad, sino que dada la - "otra realidad", nos esforzamos por ver lo -- que "en ella" es propiamente jurídico. Se da un fenómeno de parcial sobreposición.

Rara vez un científico incurrirá en un craso error. Lo normal son errores larvados. Así, imaginemos que, supuesta una determinada teo--ría que pretende ser explicativa de la realidad, llegado el momento de la contrastación, se aprecia que, aunque correcta en su desarrollo, no explica la realidad. Insistir en ta--les circunstancias en una validez práctica de la misma supone, más que adecuar la teoría a la realidad, adecuar la realidad a la teoría. De otro modo, sacrificar las exigencias prácticas a la "coherencia" del razonamiento in--plica un desenfoque -error en definitiva-.

II. PRECISIONES SOBRE ALGUNOS DE LOS TERMINOS QUE MAS HABREMOS DE EMPLEAR

¿Caduca la acción o el derecho?. La prescripción ¿extingue o tan sólo debilita el derecho/la acción? ¿Existen otras formas de interrumpir la caducidad de un derecho/acción aparte su ejercicio? ... Sea cual fuere la respuesta a estas preguntas, una cosa es indudable, difícilmente podemos definirnos sobre prescripción y caducidad, y por tanto sobre su distin---ción, sin previamente pronunciarnos sobre qué se entiende por derecho, qué por acción, qué, en definitiva por ejercicio de uno y otra.

Ahora que es a nosotros a quien toca precisar conceptos, por demás de uso abrumadoramente común, apreciamos cuán dignas de mérito fueron aquellas dos célebres conferencias del profesor Carnelutti sobre la "cosa" y "el hecho".

Efectivamente, lo más cercano a nosotros, aquello con que cotidianamente tratamos, resulta en infini--dad de ocasiones lo más difícil de conceptuar (1), - de explicar.

A contribuir, en la medida de nuestras fuerzas, a un esclarecimiento de los tres vocablos indicados -- (derecho, acción y ejercicio de un derecho/acción) irán orientadas las próximas líneas.

1. IUS EN SENTIDO SUBJETIVO Y ACTIO

1.1 Planteamiento de la cuestión

La primera pandectística -posteriormente toda la doctrina- con apoyo en las fuentes justinianeas, distinguió dos sentidos en el empleo del término "derecho", a saber, uno objetivo y otro subjetivo.

También en Roma apreciamos, aunque evidentemente no de forma expresa, tal distinción. Así, cuando en las XII Tablas se utiliza la expresión "ita ius esto" se hace referencia en las fuentes al vetusto derecho Civil -"ex iure Quiritium"- o también cuando Celso -define el ius como "ars boni et aequi", en todos estos casos, decimos, y en muchos otros que pudiéramos encontrar, se habla de ius en sentido objetivo.

Por otro lado, "aio nihi ius esse", "ius feci sicut vindictam imposui" ... revelan el sentido subjetivo.

Pues bien, acotando el tema de estudio, abandonaremos desde ahora el ius en sentido objetivo y nos centraremos, por contra, en el ius subjetivo y, por relación a éste, en la actio.

Analizaremos en un primer momento el ius subjetivo, en su ambiente, en la "plaza romana". En una segunda etapa nos referiremos a la actio. Por fin, relacionaremos ambos institutos entre sí. Hecho todo lo cual nos serviremos, en la medida de lo posible,

"transportar" los conceptos entrevistados a la época - actual a fin de constatar hasta que punto siguen hoy, larvada o abiertamente, vigentes.

1.2 Ius en sentido subjetivo

Resaltemos, ante todo, cinco características del derecho romano (3).

1. Escasez legislativa. El derecho romano es esencialmente ius civile - no es por tanto un derecho legal- Rara vez, si no es por motivos sobradamente fundados, osará la lex entrar en el ámbito del ius. Primacía de lo jurídico, por tanto, o lo que es lo mismo, escasez legislativa.
2. Aislamiento de lo jurídico. En la medida de lo posible el jurista romano evita tratar aspectos del tema elegido que no sean estrictamente jurídicos. Así verbi gracia, evade lo económico, lo político, lo referente a la prueba ("non deficit ius sed -- probatio") ...
3. Naturalidad. El derecho romano es esencialmente - práctico, útil.
4. Concreción. El Digesto por ejemplo es una "froida salvaje de casos" si bien en distinta manera al - Common Law -pues como afirma el profesor Pugliese (4), el derecho romano sienta base para una futura sistematización, cosa que no hace la casuística anglosajona; la cual se limita a ordenar, que

no a sistematizar materias-

5. Superposición y supervivencia. Lo nuevo tiene un asiento en lo viejo y conocido. No ama el romano los cambios bruscos, revolucionarios. Por contra, su cultura se funda en el respeto a los antepasados, a los maiores, en las mores ... Así, las figuras jurídicas se superponen, completan, reencarnan. No ha lugar entre ellos a la derogación.

Dicho todo lo cual podemos ya preguntarnos ¿en -- qué consiste exactamente la noción de ius en sentido subjetivo?

Tres son las teorías que sobre el origen del término "ius" destacan. Unas lo configuran como "Iovs" (Júpiter) asignándole un carácter marcadamente religioso; otros en "iug", de unción, yugo ..., algunos en "Ios", relacionándolo con la idea de salvación, potencia matriz...

Sin ánimo de entrar a polemizar sobre tal cuestión habrá de admitirse en todo caso que el ius romano de la primera época conlleva a una noción de fuerza, de poder ("ius feci"). Ahora bien, el problema -- resulta entonces ¿Cómo caracterizar ese poder?.

Un punto de partida: la lanza

Hemos dicho que el primitivo derecho romano es el derecho de los quirites, los hombres de la lanza. -- Sea o no esa la etimología de quirites, lo cierto es

que el uso de la lanza por aquél entonces resultaba generalizado. No de otra época provienen las expresiones subasta (sub hasta) y sojuzgar bajo la espada

Pués bien, nuestro punto de partida será entonces que no cabe entender la noción primitiva de ius sin acudir a la lanza, instrumento muy personal del romano de aquella época. En tal caso, que "quirites" tenga que ver con lanza, no será una mera coincidencia.

No se transmite el poder sobre la cosa sino la cosa sobre la que recae el poder

Imaginemos dos quirites, cada uno con su lanza, - que pretenden realizar una compraventa. La cosa, objeto de la compraventa, antes de la misma, está bajo el poder (la lanza) del transmitente; realizada ésta, se coloca bajo el poder (lanza) del adquirente. No - hay transmisión de lanza (poder), sino tan sólo de - la cosa sometida a su dominación.

Nótese no obstante como las exigencias prácticas van calando en el romano y así sin destruir el viejo principio, permite "de facto" la transmisión verbi - gracia del crédito litigioso a través de una ingeniosa conjugación de intentio y condemnatio dentro de - la fórmula pretoria.

Rem habere frente a "ius Mancipii, dominii, proprietatis"

A poco que uno conozca de latín, el mismo enuncia

do formulado habrá desagradado al oído. Efectivamente, no conocemos se hable en las fuentes -al menos - las iniciales- de *ius verbi gratia proprietatis* ---- (piénsese en todo caso que la palabra *proprietatis* es posterior a la época arcaica). ¿Por qué? . Simplemente porque el propietario puede hacer, hablando "iuridicamente", lo que quiera con su pertenencia (otra cosa es lo *extraordinem*). Dicho de otro modo, posee todo tipo de facultades respecto de la cosa. En tal situación, un griego habría hablado de "*ius Mancipi/potestatis...*" -fijándose en el campo de facultades-; pero un romano, esencial, medularmente práctico, se fija directamente en lo que ve, en la cosa. Y así, - el hipotético griego y el romano, aún expresando la misma realidad, resaltan de ella dos diferentes puntos de vista.

Un romano, por tanto, aunque capta la idea del -- "*ius Mancipi*" siempre se referirá, sin embargo, al - "*rem habere*".

La propiedad es el derecho por excelencia: al principio no existía más derecho que la propiedad

Afirmación realmente severa. Ya hemos visto como la propiedad, al comienzo, fue un derecho absoluto. Ahora afirmamos que fue el único derecho que existió ¿En qué nos basamos?.

Recurriremos nuevamente a los dos quirites lanza en mano frente a frente, de igual a igual, reunidos

para tratar sobre un determinado asunto. Sea este -- asunto un usufructo que quiere constituir A sobre el fundo de B. No olvidemos que para el romano la lanza es el símbolo inescindible del poder. Pues bien ¿de qué modo habrán de actuar las lanzas para ceder en usufructo (que no la propiedad) del fundo?. No hay más que una: la tolerancia. Tolerancia que, en ningún caso significa transmisión alguna de poder (no se transmiten las lanzas para la compraventa; a fortiori, tampoco aquí) ni tampoco de la cosa (que ya - hemos visto -rem habere- equivale a la propiedad). - Así pues, es de suponer que en un comienzo sólo el - extraordinem -que no el ordo- "protegiera" al usu--- fructuario en base a ese compromiso de tolerancia y también, como no, de la "possessio"; concepto este a su vez 'extraiuridico'.

Se mantiene, por tanto, la idea de ius como poder recio, fuerte, exclusivo y excluyente, absoluto

No ha lugar a relaciones de derecho sino entre iguales

En el apartado anterior, aunque de pasada, hemos mencionado este tema, el quirite enfrentado a quirite de igual a igual. Sólo a partir del reconocimiento de la mutua igualdad puede comenzar a hablarse de relaciones jurídicas, en sentido estricto. Si se quiere, el propietario tiene también "relaciones" con -- sus pertenencias (aunque de otro tipo). Así, las re-

laciones familiares no son, estrictu sensu, relaciones jurídicas para un romano. Nadie hay en tal ámbito que pueda oponer la lanza a la del pater.

Conclusión

No acertamos a encontrar palabra que mejor exprese la noción primitiva de ius que aquella de poder - en el sentido de Herrschaft, señorío (menos encajan, según pensamos, las nociones de Macht, Stärke o incluso Kraft) . El quirite "Herrscht~~u~~ber"...

¿Qué tipo de evolución ha debido darse, nos preguntamos, para que hoy llegue incluso a hablarse de "propiedad de derechos"? . Esto lo dejamos para el éltimo apartado.

1.3 Actio

Al principio fue la guerra -más o menos privada- y luego el proceso. Al principio blandieron las lanzas, luego sólo las palabras. Y entre medio , la manus iniectio, la legis actio sacramento in rem... formaron la transición; aún simbolizando a -- las lanzas (vindicta) fueron abriendo camino lentamente a una contienda puramente verbal, como la Justiniana.

A la hora del estudio de la actio romana necesitamos, ineludiblemente, acudir a una tripartición en su desarrollo; ya veremos si también en su conceptualización.

La actio en el procedimiento de las legis acciones

No hay duda. En esta etapa la actio no es más que mera actuación, simulacro, realizada ante el magistrado, **lo** que ya no resulta tan claro, según doctrina, es si la actio pertenecía exclusivamente al "derecho habiente" o a todo demandante en general -permítasenos el empleo de términos actuales- Así, encontramos ya en esta época dos sentidos de las "actio":

- Actividad ante el magistrado del titular de un --- "ius" que "vindica" su efectividad.
- Actividad ante el magistrado de no importa qué demandante.

La actio en el procedimiento ~~per~~ formulas

Poco a poco los formalismos propios de la actio - de la época anterior van decayendo, en parte gracias a la influencia "moderadora" de pretor.

La actio, pierde por tanto su sentido de actuación en la fase in iure, reducida a su mínima existencia, y deviene poco a poco "iudicium" al que en último lugar desplaza de su significación -fórmula- viniendo este último a su vez a ocupar el significado que aún hoy en día conserva: juicio. (6)

Sea la actio el escrito, o bien el contenido del escrito, se comprenden perfectamente las expresiones usuales para la época: "dare et denegare actionem", "postulatio actionis", "editio actionis" ...

Claro está que en virtud del arrastre histórico - tan patente en los romanos, pesa la antigua concepción en la nueva (7).

Con el tiempo dice Pugliese, (8) el concepto actio que en un primer momento del procedimiento formula--rio, venía a continuar la tradición arcaica, concibiéndose como actividad procesal con la que un determinado sujeto, obtenida la presencia del adversario delante del magistrado "tendeva a promuovere il giudizio su una formula da lui ~~pro~~posta" (posteriormente, ya lo hemos visto, actio y iudiciu--formula se confunden) pasa a significar la posibilidad (gracias a la obtención de la fórmula) de obtener una sentencia. Este último concepto de actio, sin embargo, rara vez había trascendido a los textos legales.

La actio en la extraordinaria cognitio

De forma paulatina la "extraordinaria cognitio", primero para casos concretos, luego de forma generalizada, se introduce desplazando al procedimiento per formulas. Desaparece entonces la distinción fase in iure, fase apud iudicem. El conocimiento de ambos, - de ahora en adelante refundidas, será misión de una única persona. No es por casualidad, creemos, que -- sea en este preciso momento histórico cuando la justicia romana se "funcionalice", burocratice (9).

Antes de entrar a examinar cuál sea el concreto - sentido que al término actio ahora se concede proce-

de advertir:

- Que no puede hacerse, como con buen juicio señala Albertario⁽¹⁰⁾ en el derecho romano-bizantino la distinción entre acciones e interdicta, propia de la época clásica (en general entre acciones y medios extraordinarios). El "magistrado", ahora funcionario, profesional de la justicia, conocerá por ---- igual -aunque ciertamente con distinto procedimiento- de las originarias acciones y también de los interdicta, etc. (anteriormente, sin embargo, tratándose de acciones era el árbitro, ciudadano romano de a pie, no el magistrado, quien "sentenciaba"; de lo extraordinario, por contra, era únicamente el magistrado quien conocía) (11).
- Que, aunque con poca virtualidad práctica, los romanos mantienen el sentido de que no cabe obtener una sentencia sin una actio preexistente y ello -- aunque el demandante tenga un ius. En la fase arcaica se observa como el desgaje ius-actio es bien claro: la actio está pensada para defensa del ius, ahora bien,^{no} todo ius tiene actio (acaso su defensa hubiera que buscarla, in initium, extraordinario, acaso mediante la lanza). En esta fase la idea --- aunque con poca importancia y transcendencia (pues se dota a casi todo derecho de actio), se mantiene (recuérdese el tema de los nuda pacta ...) (12).

Pues bien ¿cuál es la concepción de actio que en

los tiempos, ya justinianeos, se tiene?. Ocurre que:

- Evidentemente, el concepto actio como iudicium (formula desaparece (pues desaparece la distinción fase in iure-apud iudicem que la sustentaba).
- Continúa el concepto vulgar de actio, comenzando en la época postclásica, como posibilidad de obtener una "sentencia" (el concepto "sententia" sir - embargo evoluciona: ^{en la época clásica} se trata más bien de un laudo arbitral; ahora resulta toda una sentencia, tal y como hoy en día entendemos dicho término). Ahora bien, surge el tema: esa posibilidad de obtener -- una sentencia que antes, en el procedimiento per -- formulas, no a todos competía (sólo al que obtenía la fórmula) resulta que ahora compete a todo demandante. Y bien, ¿seguiremos manteniendo que la ac-tio es el "derecho" a obtener una sentencia? ¿Ahora deberemos ahora, para dotar de contenido prácti-co al concepto, especificar que sólo el que tiene derecho (diríamos material) --el que lleva razón-- tiene "derecho" a obtener una sentencia?. (13).

Hay aún otras formas de solucionar el tema. Así, otros, entendiendo que el concepto actio como "derecho" a obtener una sentencia, al desaparecer la distinción fase in iure-fase apud iudicem, dejaba de tener eficacia práctica, en vez de distinguir entre razónhabiente o no (afirmando que sólo el primero tiene acción), trasladan el concepto actio al "derecho"

a obtener una sentencia, ahora si, favorable. Y nuevamente surge la disputa: este "derecho" ¿corresponde al "razónhabiente" o bien al que de hecho la obtenga -adviértase que pueden no coincidir-?. La segunda vía no es muy propia de la mentalidad romana - (resulta excesivamente trastocadora de la concepción primitiva de "ius" -la otra, aunque también la trastoca, es más tolerable-).

Aparece el concepto de acción como "ius quod sibi debeat, iudicio persecuendi" (Celso en Dig. 44, 7, 51). Y como toda construcción romana, lo nuevo se --apoya en lo viejo y conocido. La vieja persecutio judicial de la actio arcaica -simulacro de guerra- hace acto de presencia (14).

Aparece también el concepto de actio como "derecho" de pedir en dos formas diversas, bien "derecho" de pedir perteneciente a todo demandante, bien "derecho" de pedir del razónhabiente. (15)

1.4 Relaciones actio-ius

Conviene, a fin de un correcto enfoque reafirmar:

- Que el ordenamiento jurídico romano carece de una concepción abstracta y general de la protección jurídica procesal: Se concibe un ius sin la correspondiente actio.
- Que el pretor, en virtud de la superposición y respeto de lo anterior, propio del romano, nunca ata-

ca directamente al vetusto ius civile, sino que, - de forma lateral, lo aclara, corige, "modifica"... pero sin derogarlo en ningún caso. En tal sentido, no hay más ius que el ius civile (el ius honora--- rium no es, al menos en un principio, verdadero -- ius: el pretor no puede hacer "heres" a nadie, eso es sólo tarea del ius).

Dicho todo lo cual ¿cuál es el prius? ¿el ius o - la actio?. Se ha dicho que si bien es evidente que - se configuraron ciertas relaciones jurídicas en el - área del puro ius honorarium, ello no excluye que el ius fuera siempre sentido como algo preexistente al proceso, algo a cuya defensa estaba destinada la ac- tio (Betti). Por su parte Binder y Biondi (16) afir- man que la actio fue en todo caso un prius respecto al ius. Ante esta clara contradicción ¿Qué habremos de pensar?.

Tenemos un punto de partida: la distinción Wlassa- kiana (17) entre actio (acción proveniente del ius - civile) y iudicium (acción de creación pretoria) -no nos importa la corrección de fondo de tal construc- ción sino tan sólo su fuerza como deslindadora de -- conceptos- Diremos:

- Que indudablemente el ius es un prius respecto a - la actio: no se defiende sino lo que anteriormente se tiene.
- Que el ius no es ni antecedente ni posterior al iu- d^{ic}ium, simplemente figura "al margen" (18)

1.5 Ius y actio en el Derecho Común

Cuando el observador se enfrenta por primera vez con el tema de las relaciones derecho-acción tiene - la impresión de que toda la polémica en torno a las mismas tiene su origen en la famosa disputa Winds---cheid-Muther; y efectivamente así es. Tal constata---ción, sin embargo, no debe ser extralimitada: ni la disputa obedeció a motivos puramente casuales, ni el tema, en sí, era novedoso. Lo único novedoso era la importancia por el mismo adquirida.

Interesa aquí resaltar el aspecto de continuidad que, uniendo derecho romano justiniano y derechos - nacionales, representa la doctrina del Ius Commune(19)

Con Justiniano se terminan de sentar las bases en las que glosadores, comentaristas y primera pandectística cimentarán las primeras construcciones sobre ius y actio. Estos a su vez, enlazan con la segunda etapa de la Pandectística. La moderna doctrina, por su parte, salvo contadas excepciones (fundamentalmen te la teoría chovendiana), se dedicará a reelaborar el pasado.

Con el Ius commune se perfilan los caracteres que actualmente habrán de integrar derecho y acción:

- El "ius" pierde definitivamente su sentido de poder absoluto, omnímodo. El cambio es no cuantitativo sino cualitativo (por supuesto sus raíces se ha

llan ya en el mismo derecho romano). Para un romano primitivo, no cabe poder compartido: el poder o es absoluto, o no es poder. Ahora, por contra, difícil será encontrarse con un poder absoluto: Entre el poder absoluto y la nada, se interpone una gama casi ilimitada de poderes. Todo ello no obsta a que, en virtud del tradicionalismo, se siga hablando de la propiedad como derecho por excelencia.

- Se concibe la actio de modo muy parecido al actual aunque, por no encontrar entonces el tema caldo de cultivo apropiado, apenas si experimenta desarrollo (20).

Hay sin embargo una "gloria" que habrá de quedar reservada a la moderna doctrina. Nunca el Ius commune -a no ser de forma vulgarizada- calificará a la actio como "ius". (21)

2. LA ACCION EN LA DOCTRINA ACTUAL

La doctrina a partir de Windscheid-Muther, desarrolla hasta casi el agotamiento todo el germen que sobre la actio se halla ya contenido en Justiniano.

De la naturaleza de la acción se ha dicho todo --o casi todo-- lo que dentro de unos límites de lógica cabe decirse. (22) Aparte diferencias meramente terminológicas -motivadas a veces por la imprecisión reinante en los conceptos tales como derecho y acción- el tema implica numerosas diatribas de fondo. Intentaremos, en la medida de lo posible, exponer racionalmente -que no zanjar- la cuestión.

2.1 Un punto de partida: la polémica Windscheid-Muther (23)

El problema de la acción, tal y como modernamente viene discutido, nace de la construcción doctrinal -de los "derechos subjetivos" desarrollada en Alemania en los siglos XVIII y XIX. El iusnaturalismo del siglo XVII y sobre todo el Racionalismo del XVIII tendían a la exaltación del individuo, de su libertad - (Recuérdese la implicación ideológica de Descartes: pienso, luego "yo" existo). Es la hora de las "iura connata": los derechos subjetivos no son creados por la ley, sino reconocidos por la misma. Cuaja entonces la distinción "formal" derecho subjetivo privado-derecho subjetivo público: uno recoge los derechos originarios de la persona; otro los del Estado (relació

nese todo esto con la teoría del contrato social,...) Y bien ¿dónde colocar al derecho procesal?. Evidentemente no entra dentro de la categoría del derecho subjetivo privado -el derecho subjetivo por excelencia- tampoco parece reconocerse en el proceso un derecho subjetivo público. Así, en un primer momento, el derecho procesal es tratado como mero apéndice de lo privado, en una segunda etapa "independizado" ---por rechazo- de lo privado, el derecho procesal se encuentra dentro de lo público, eso sí, como mero aspecto organizativo.

Aislado de lo privado, infravalorado en lo público, comienza a imponerse una tercera época en que, -dentro de lo público, se alcance para el derecho procesal una "igualdad" respecto a las demás materias -de lo público. Y es aquí donde engarzamos con la disputa sobre si la acción forma o no parte del derecho subjetivo material; sobre si la acción, en definitiva, es un derecho subjetivo -público o privado, eso ahora es menos importante- o no.

Puede que la polémica Windscheid-Muther fuese casual. Lo que en ningún caso resulta casual es el éxito alcanzado por la misma: si se conseguía independizar la acción y si por otro lado se hacía de ésta -un derecho subjetivo -admitiendo en todo caso que la acción perteneciera al derecho procesal-, la autonomía "a la par" del derecho procesal, dentro de lo público estaba asegurada.

Windscheid (24), y con él toda la doctrina tradicional, defendía que la acción no era sino el derecho en pie de guerra (así Puchta, Mattiolo, Pescatore,...); Muther (25), por contra, inspirándose en Hassse (1.834) propugnaba la concepción de la acción como auténtico derecho subjetivo (contra el Estado en su órgano jurisdiccional (1.857)).

Apoyándose en Muther, Dekengolb (1.877) y Plosz (1.880) hablaron de la acción como derecho subjetivo público. Y bien, la obra principal había sido ya realizada: la acción era concebida como un derecho subjetivo público. Logrado el objetivo, la disputa se centró sobre el contenido de ese tal derecho.

2.2 Tras las huellas de Muther

Todos de acuerdo en lo esencial, se definen al poco tiempo los principios doctrinales que, más o menos retocados, continúan hasta nuestros días:

- La acción como derecho subjetivo concreto (Wach, - con su teoría de la Rechtsschutzanspruch).
- Teoría intermedia (Bulow)
- La acción como derecho subjetivo abstracto (Dekengolb).

2.3 La doctrina moderna

Actualmente se ha perdido un tanto la razón histórica del origen de la disputa y así, afianzado ya el

derecho procesal, no es unánime la doctrina en reconocer a la acción el carácter de derecho; se habla - de derecho, poder, facultad (Barassi y Pugliese respectivamente), potestad, mero acto ... refiriéndose a la acción.

Por lo demás se continúa polemizando sobre:

- Su génesis, anterior al proceso (Romano) o no (Sackel) ...
- Su orientación, contra el Estado (Hellwig) o frente al adversario (Chiovenda) ...
- Su contenido, derecho abstracto (Jellinek) intermedio (Betti) o concreto (Redenti)

Y muchos otros puntos de conflicto que pudiéramos encontrar (26)

No nos interesa detenernos en este punto y sí tan sólo apuntar la aparición relativamente reciente de teorías un tanto "innovadoras" (Chiovenda, Guasp)(27)

3. ACCION EN LOS CODIGOS

Tampoco los códigos parecen haber dado un sentido absolutamente definido a los términos derecho y acción.

3.1 No existe un único sentido de acción en las leyes españolas

3.1.1 Código Civil

Tomenos como referencia los siguientes artículos (28)

- a) Art. 348 Cc.: "... el propietario tiene acción -- contra el tenedor ... para reivindicarla (idem -- Art. 1.765).
- b) Art. 1.299 Cc.: "... la acción para pedir la rescisión..." (idem Arts. 646, 1.158, 1.965)
- c) D. T. 4ª: "... las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el código..." (idem Arts. 384, 1.111)
- d) Art. 88 Cc.: "La acción de divorcio se extingue -- por la muerte de cualquiera de los cónyuges..." (idem Art. 127)
- e) Art. 129 Cc.: "Las acciones que correspondan al hijo menor ... podrán ser ejercitadas indistintamente por su representante legal o por ..." (idem -- Art. 1.722)
- f) Art. 400 : "... cada uno de ellos (copropietarios) podrá pedir ... que se divida la cosa común (idem Art. 815)

- g) Art. 1.004 Cc.: "...no podrá intentarse acción contra el heredero (idem 1.005)
- h) Art. 1.459 Cc.: "... se exceptuará ... el caso en que se trate de acciones hereditarias entre coherederos..."
- i) Art. 1.597: "... no tienen acción contra el dueño ... sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación (idem Art. 127 Cc)
- j) Art. 1.813: "Se puede transigir sobre la acción civil... pero no por eso se extinguirá la acción pública para la imposición de la pena legal"
- k) Art. 1.971: "... acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia..."

De un análisis detallado del articulado del Código Civil -del que los artículos anteriores no son si no una muestra- inducimos dos sentidos diversos a la hora de emplear el Código Civil el término acción: -- uno, poder de pedir que sólo al "razónhabiente" co-- rresponde; otro -este sólo posible- actuación ante - el juez exclusivamente también del "razón habiente".

El segundo sentido se extrae de los apartados g), y h); el primero de los restantes apartados (29).

Analicemos detalladamente el primero de los senti dos -al fin y al cabo es el aplicable en el Cc. al - tratar de la prescripción. De los correlativos apartados inducimos:

- a) la acción (ya se sabe, en el sentido de poder de pedir que sólo al "razón habiente" corresponde) - se dirige, cuando menos en determinados casos, -- contra el adversario. (30). En ningún caso menciona el Cc. una acción dirigida "contra" o "frente" la autoridad judicial.
- b) el contenido propio de la acción es el pedir -en otros lugares, reclamar, repetir... -La acción es el "poder de pedir" - así se entiende que el art. 1158 diga que "el que pagare... podrá reclamar.." (31).
- c) la acción no es considerada por el Cc. como derecho (vid. los capítulos II y III del Tit. XVIII). Cuando el Cc. emplea el término "derecho" no lo - hace nunca como sinónimo de acción, lo que no obsta a que la acción resulte incluída dentro del derecho. ¿Podría sustituirse el término "derecho" - por el de "acción" en el art. 384 Cc.? No, pues - de lo contrario, el propietario no podría deslindar "extrajudicialmente" su finca -ver apartado f)- lo mismo ocurre en el art. 1.524 Cc.
- Que la acción resulta incluída en el derecho - "parece" deducirse precisamente de arts. tales como 1.524 y 384 (32).
- d) la acción sólo corresponde al "razón habiente"¿Podría en el art. 127 Cc. sustituirse el término -- "demanda" por el de "acción"? No por dos motivos:

porque la acción es un poder y la demanda en todo caso su ejercicio; porque la demanda puede resultar infundada -no amparada por acción-.

- e) es distinto el titular de la acción del legitimado para ejercitarla. La acción corresponde a su titular, no a los que la ejercitan (33).
- f) ¿Podría sustituirse el término "pedir" por el de "tener acción"? No. La acción es un poder de pedir judicialmente. Cuando el código no desea limitar el desarrollo de los derechos al ámbito judicial bien se cuida de no usar el término acción - lo que no obsta a que a veces, por razones de estilo, emplee el término "pedir" como sinónimo de "acción" - (34)
- g) se respeta lo dicho en el apartado e). Otra cosa hubiera sido que el legislador hubiera dicho por ejemplo que no se extinguirá la acción pública - "para pedir"... En tal caso habría otorgado al término acción una significación absolutamente diversa a la hasta ahora contemplada.
- h) la acción correspondiente al juicio declarativo - no es la misma que la acción con la que se pide - el cumplimiento de la sentencia (35). "Parece" como si, habiendo una sentencia de por medio, el código transformara el poder de "pedir" en el poder de exigir -queriendo con ello significar una mayor vitalidad y fuerza.

Todas estas menciones son las que nuestro código civil, decimonónico, larvadamente sobreentiende cuando habla de la acción como "poder...". Seguramente - habrá chocado el contraste entre el Cc. y las doctrinas procesalistas tan pujantes ya por aquélla época -nos referimos a las doctrinas de Muther y seguidos. No es sólo la distancia geográfica sino fundamentalmente el conservadurismo legislativo, tan propio de lo español, lo que, según creemos, impidió la recepción de las "nuevas" ideas. Por supuesto que -- las sucesivas reformas vertieron savia nueva en los arts. del Cc. El espíritu sin embargo se mantuvo -- Acaso las últimas reformas acometidas, las de 13 de Mayo de 1981 y 7 de Julio de 1981, sí que hallan --- trastocado un tanto el orden establecido.

Ni siquiera el legislador decimonónico se atrevió a atribuir al término "acción" el apelativo de "derecho". El continuismo de lo romano pervivía. Cabe preguntarse: dada la actual significación adquirida por la palabra derecho, dado que la primitiva concepción romana ha pasado a ser pura historia ¿merece ser reservada -y aún así desnaturalizada - la alocución - "derecho" para lo extraprocesal? o, por el contrario, ¿procede una asimilación?. En otras palabras ¿tradicción o razón?. Optamos por la segunda

3.1.2. Otros textos legales

Una vez delimitado el concepto de acción que ha--

brá de servirnos a la hora de estudiar la prescrip--
ción y caducidad carece de demasiado sentido conti--
nuar indagando en otros textos acerca de su signifi--
cado. Valgan sin embargo los sentidos a continuación
citados del término acción. Estos han sido encontra--
dos en un análisis conjunto del Código de Comercio,
(36), Código Penal (37), Estatuto de los Trabajado--
res (38), Ley Hipotecaria (39), Ley de Procedimiento
Administrativo (40), Ley de Enjuiciamiento Civil y -
Ley de Enjuiciamiento Criminal (41), aparte otras le
yes secundarias. Helas aquí:

- Poder de pedir (idem a Cc.) Vid. 852 C de C, 25 Cp,
76 E.T, 41 L.H (42)
- Poder de pedir (idem a Cc. excepto en que correspon--
de a todo demandante, sea o no "razón habiente") -
63 LEC (43).
- Petición (idem a Cc) Vid. 544 C de C., 1429 LEC
- Poder de pedir (idem a Cc. excepto que referida a
la Administración en vez de al juez) Vid. 931 C de
c, 121 L. Reg. Local 1955.
- Poder de pedir que corresponde a los legitimados -
para actuar judicial o administrativamente. Acaso
Art. 223 Ley del Suelo (44).

Aún se encuentran en el derecho comparado otras -
concepciones de la acción: Así, verbi gracia, como -
petición -idem a Cc. excepto en que también la peti-

ción no fundada entraría dentro del concepto- (45); así también como poder de actuar en juicio -idem a - Cc. excepto que en vez de pedir se trataría de actuar judicialmente- (46); etc.

No es necesario insistir en que toda la diversificación de conceptos relativos al mismo término, acción, halla su germen en el derecho romano. Nunca -- los romanos se plantearon conscientemente el problema de "la" actio. La misma lengua latina, en la que no existen los artículos determinados, nos muestra -- hasta qué punto fue práctica la mentalidad del genuino romano: difícilmente "lo" genérico, "lo" abstracto, "lo" desprendido del caso concreto --dicho de --- otro modo, las teorías generales-- serían ocupación -- del romano. Pero con su especial forma de ser --sobre todo merced a su tendencia a la superposición, a la derogación-- los romanos motivaron la actual situación. Así por ejemplo, la denominación actual de acciones --refiriéndonos a los diversos tipos de demanda-- parece anudarse más a la época del procedimiento per fórmulas que a la época de la extraordinaria cognitio (47). El entendimiento de la acción como mera actuación ante el magistrado tiene mucho que ver con la actio arcaica (48). El fenómeno de la actio, concebida como poder, se relaciona fundamentalmente con la extraordinaria cognitio (49).

Cada pueblo heredero de Roma (Italia, Francia, Alemania, España) de acuerdo con sus elementos nacionales, hizo predominar uno u otro sentido. Lo que si parece haberse superado hoy en día de modo generalizado es ese carácter fragmentario que la actuación judicial tuvo en Roma, sobre todo en sus orígenes -- (es curioso observar como dicho carácter de fragmentariedad se da también en la concepción anglosajona)

3.2. Una acotación del concepto

Conocido ya cual sea el concepto de acción que el Código Civil emplea a la hora de tratar la prescripción, interesa ahora "racionalizar" en la medida de lo posible tal concepto. Dada la actual evolución -- del concepto "derecho" --cuestión que en el capítulo siguiente desarrollamos-- entenderemos, en lo sucesivo, que cuando doctrinalmente hablemos del concepto acción lo haremos justamente en el sentido del Cc., pero con el ligero matiz de que la acción sí puede ser considerada un derecho.

Así las cosas, el concepto de acción que usemos -- tendrá las siguientes notas esenciales:

- Poder de pedir que sólo al "razón habiente" corresponde.
- La acción no se confunde con la legitimación: el titular de la acción no tiene por qué estar legitimado ni al revés, el legitimado ser titular de la

acción que ejercita.

- La acción puede ser considerada como derecho -cuando se la sitúa en primer plano; Vid. capit. siguiente relativo al derecho.
- En los casos en que el juez actúa de oficio no cabe hablar de acción.
- La acción correspondiente al juicio declarativo no es la misma que la acción con que se pide el cumplimiento del pronunciamiento judicial (normalmente sentencia).
- Nunca se hablará de acción en el sentido de acción potencial: Sólo cuando se trate de una actio nata nos permitiremos hablar de acción.
- La acción hace referencia necesariamente al juez.

4. DERECHO

Remontarnos a ver qué se entiende por derecho, en sentido subjetivo, es tarea que exceda nuestras fuerzas (50). Nos limitaremos por tanto a hacer unas breves observaciones sobre el empleo de dicho término - en nuestras leyes.

4.1. Código Civil.

He aquí las observaciones anotadas:

- Se mencionan multitud de derechos (de retención, - tanteo, retracto, uso, habitación, superficie, enfitéusis, propiedad, representación, acrecer, opción, de deliberar, de autor...). No hay, sin embargo, ni un sólo artículo en que "abiertamente" - se conceda a la acción el calificativo de derecho.
- El derecho de accesión, el de deslinde, el de cierre de fincas... son derechos "anejos" al derecho de propiedad, pero en ningún caso se afirma que tales derechos estén "incluidos" en el derecho de -- propiedad (necesitan de la propiedad para su subsistencia, pero no se les incluye, al menos expresamente, en el derecho de propiedad) ni tampoco -- que surjan al tiempo que el mismo (Vid. art. 348 - ss) (51).
- Es ajena al Cc. la concepción de la "facultad" como todas y cada una de las desmembraciones del derecho madre (Vid. 1124 Cc). Derecho y facultad, --

por otra parte, son conceptos no siempre intercambiables (verbi gracia art. 151 Cc).

4.2. Otras leyes

Se destacan las siguientes matizaciones:

- En las leyes propiamente procesales difícilmente se habla de derecho cuando de temas estrictamente relativos al desenvolvimiento del proceso se trata (vid. arts. 19, 1299, 1433, 1532, 1609, 1613 LEC; arts. 91, 118, 183 LECr) Normalmente se elude utilizar el término "derecho" (vis. arts. 376, 1441, --- 1528, 1602, 1633, 1651 LEC; arts. 384, 655, 662 -- LECr)
- En las leyes fundamentales suele hablarse de derecho en sentido muy amplio (art. 10 ss C.E)

El concepto derecho, según apreciamos, se ve alcanzado en nuestros códigos por una "radical" imprecisión, motivada, una vez más, por razones históricas. Evidentemente no es la propiedad el único derecho de nuestro ordenamiento -como podría haberlo sido en un comienzo en Roma- ; tampoco lo son exclusivamente los que constituyen una satisfacción de "necesidades" -mejor conveniencias- del ser humano (como por ejemplo el usufructo, la habitación, la enfiteusis, etc); resulta inexacto afirmar que sólo en lo extraprocesal encuentran desarrollo los derechos (así verbi gracia en los retractos, opción, precon--

trato, reclamaciones extrajudiciales, etc); también en lo estrictamente procesal, aparte lo ajeno al -- proceso, hallan ya hoy en día campo de actuación los derechos (vid. art. 24 C.E, sobre todo su apartado -- segundo donde se habla del derecho a la defensa, a -- la asistencia de letrado, a la prueba...) (52).

Aquejados por esta imprecisión en el uso del término derecho nos vemos abocados a la fijación de un concepto del mismo lo más preciso posible.

4.3. Una acotación del concepto.

Entenderemos por derecho el conjunto de potenciales y/o reales poderes surgidos a raíz de un/os hecho/s. De lo que se deduce:

- relativo a que deba entenderse por el término po=der, cabe lo dicho respecto de la acción en la nota 31: todo interés implica un poder y viceversa.
- los poderes no son reales sino en cuanto nacidos. - (La aplicación de la regla 'aedificatio sólo cedit' -y también la accesión invertida- implica, cuando menos, la existencia de una edificación; hasta entonces, podría argumentarse, no tiene el propietario derecho de accesión). A salvar tal "dificultad" va orientada la inclusión del término "potencial".
- el origen del derecho lo ciframos en un hecho o -- conjunto de hechos, pero sin entrar a señalar qué tipo de hechos deban ser estos. Se trata de apli--

car al campo del derecho la escala móvil medio-fin: lo que es medio respecto de un aliquid resulta fin respecto de otro (53)

- la acción, enfocada en primer plano, deviene derecho (en el peor de los casos, se trataría de un conjunto -de un único elemento- de poderes reales --- pues, tal y como antes la definimos, no cabe entender la acción en sentido potencial- surgido a raíz justamente del nacimiento de la acción).
- no existe "el hecho" objetivamente considerado, lo que para uno es un hecho, para otro no es sino un conjunto de hechos. El contrato de compraventa y - simultánea entrega que da lugar a la transmisión - de propiedad ¿es un hecho o conjunto de hechos?.

5. EJERCICIO DE UN DERECHO

Ao. Romano (54) llama la atención sobre un fenómeno que según narra resulta plagado de incertidumbre: la determinación de la noción de ejercicio del derecho.

Hemos convenido en que la acción y lo mismo las facultades stricto iure (todas las demás) no son sino especies de un mismo género, facultad. Sabemos, por otro lado, que cuando, en virtud de la escala móvil medio-fin, la facultad resulta enfocada en primer plano (de móvil pasa a fin) deviene derecho. Luego si derecho, facultad stricto iure y acción pueden ser considerados derechos, resultará que las conclusiones aquí deducidas para los derechos en general, podrán ser trasladadas a las facultades.

5.1. Estática y dinámica

Estática y dinámica, se ha dicho, no son sino dos aspectos de una misma realidad. Ante determinados hechos unas veces destacamos más el aspecto de permanencia, el continuum; otras, por contra, nos fijamos más en lo evolutivo, el cambio (55).

Ejercicio, por otro lado, resulta directamente engarzado con la dinámica. Dificilmente puede concebirse el ejercicio de no importa qué "aliquid" dentro de la estática.

Luego, en una primera aproximación al tema del -- ejercicio del derecho, ~~des~~cartaremos todos aquellos - derechos en los que, a la hora de su formulación, re salta el aspecto estático (56)

5.1.1. Acción y omisión

Dentro ya de los derechos esencialmente dinámicos -de otro modo, dinámicamente considerados- habrá --- unos en los que resalte el "hacer" mientras que en - otros lo haga el "no hacer" (57)

En una segunda delimitación nos ocuparemos exclu- sivamente de los derechos predominantemente dinámi-- cos, aquellos en los que domina "el hacer".

5.1.2. Hecho y acto

Dentro de ese tipo de derechos, "el hacer" en --- cuestión puede ocurrir que provenga predominantemen- te, bien del legitimado activamente para ejercitar el derecho, bien de un tercero (normalmente el legi- timado pasivamente) (58)

Pues bien, limitaremos nuestro estudio a los dere- chos en que "el hacer" provenga predominantemente -- del legitimado activamente. Hablaremos en tal caso, refiriéndonos a su ejercicio, de "acto de...", por - contraposición a "hecho de.." que reservamos para su puestos de "hacer" propio de un tercero.

5.1.3. Mínima unidad de acto

Elijamos al azar un derecho que cumpla todos los caracteres hasta ahora exigidos. Sea el derecho a cazar. Presupuestos los límites, a nadie se le oculta que no es lo mismo cazar un ciervo que una perdiz, - de día que de noche... que dentro del concepto cazar va incluida la posibilidad de perseguir y en su caso reclamarla pieza, poner trampas, esperar pacientemente en el puesto de observación a que asome la pieza..

Descartemos desde ahora todo lo que de estática, omisión, y hecho existe en el derecho a cazar (así, -por ejemplo, la espera en el puesto).

Así las cosas, si hablamos de ejercicio del derecho a cazar habremos de referirnos al acto de colo--car una trampa, al de disparar un fusil.. pero tam--bién al de reclamar la pieza, etc. Por contra, si --queremos especificar únicamente que deseamos referirnos al acto de persecución hablaremos no ya de ejercicio del derecho de cazar sino de ejercicio del derecho a perseguir (una pieza) (59).

Generalizando, podríamos decir:

- que dentro de los derechos esencialmente dinámicos, en los que domina el "hacer", fundamentalmente del legitimado activamente para su ejercicio, abandonaremos en lo sucesivo todo lo que de estático, no -hacer,y hecho resta aún en su contenido.

- que, depurados así los derechos, sólo en relación a una mínima unidad de acto (forzosamente orientada hacia un fin) podremos hablar de ejercicio de los mismos (60)

Claro está, no existen mínimas unidades de acto - "objetivas". Todo depende de la funcionalidad a las mismas asignadas.

5.2. Observaciones prácticas

El sentido aquí desarrollado de "ejercicio" de un derecho no necesariamente ha de coincidir con el propio de otras doctrinas y en concreto, del legislador. Observamos, sin embargo, una gran proximidad. (61).

Adviértase que el desarrollo anterior es aplicable a las facultades. Ahora bien, conviene advertir que el concepto facultad nunca -acaso habríamos de salvar algún uso particular de determinados autores- va referida a una estática. Antes bien, el concepto "facultad" es esencialmente dinámico (Aún nos parece -- mostrarnos excesivamente cautelosos pues bien parece que además el concepto facultad vaya exclusivamente referido a acción -no a omisión- y a acto -no ha hecho)

5.3. Un caso concreto: ejercicio de la acción

Veamos cómo se plasma todo lo que venimos diciendo en un caso concreto.

Sea la acción el "derecho a pedir" (62). Su ejercicio, de acuerdo con lo dicho, consistirá precisamente en el acto de pedir, o lo que es lo mismo, la petición.

Así las cosas, podría parecer que toda "petición" supondría ejercicio del "derecho" a pedir. No es así. Las palabras quedaron cortas para expresar lo que -- con "petición", pero también ^{con} "derecho", se quiso decir. Por lo pronto, la petición, ha de realizarse al Tribunal --no a un tercero-- y con observancia de una serie de requisitos. Habrá entonces quien objete que para ejercitar la acción no basta con el acto de pedir, sino que además es necesaria la estricta observancia de una serie de requisitos extraños a la acción en sí.

Rotundamente no. Sólo un prolongado distanciamiento de la realidad pudo llevar a señalar una "obje---ción" como la anterior. Los "derechos" no existen en el aire. Si sólo determinado tipo de "petición" --la que cumple todos los requisitos legales, de fondo y forma-- es susceptible, de ser denominada ejercicio del derecho a pedir es simplemente porque sólo cuando se cumplen esos requisitos --y no en los demás casos-- existe derecho a pedir. Dicho de otro modo, sólo se ejercita el derecho a pedir cuando existe ese derecho, no en otro caso (63). Y el demandante, por el hecho de llevar razón, no tiene derecho a plantear una demanda... incorrecta (64).

Consecuentemente, para poder hablar de petición, de ejercicio del derecho de pedir (acción) habrá de reunir la petición (demanda) todo tipo de requisitos. Así, no constituye ejercicio de la acción:

- La demanda presentada ante la Administración, en vez de la Jurisdicción.
- La demanda presentada ante un juez incompetente, - funcional y objetivamente.
- La demanda presentada por/contra sujeto no legitimado Activa/pasivamente.
- La demanda que no contenga adecuadamente la petición.
- La demanda presentada en tiempo no oportuno.

Que en todos casos no exista un verdadero ejercicio de la acción para nada implica que tales actos - en absoluto hayan de producir efectos jurídicos. Eso ya es otro tema, relacionado por ejemplo con la interrupción de la prescripción.

- (1) Nada entonces resulta más "molesto" que un "ingenuo inconformista": ¿qué es un interés? ¿qué una cosa? terminariamos o incurriendo en el -- círculo vicioso, o dando por zanjada la cuestión llegado un punto.
- (2) Según Guarino (citado por Arias Ramos, "Derecho Romano", I, Madrid, 1.974, pág. 5, nota 3) no cabe establecer la equivalencia Ius Civile igual a Ius Quiritium. Piensa este autor que en el período arcaico sólo existió el Ius quiritium, mien--tras que el ius civile sólo surge con el "popu--lus", de composición mixta patricio-plebeyo.

Lleve o no razón Guarino, nos preguntamos --- ¿por qué en las fuentes, al referirse al derecho quirritario, aparece siempre la expresión "ex iure Quiritium" y nunca la de "ius Quiritium"? Dice de Wisscher (Citado por Arias Ramos op. cit. pág. 5, nota 3) que se trata con ello de expre--sar más bien el estatuto personal del ciudadano. Su observación nos parece correcta. Ahora bien -- ello implicará que a su vez aparezca la expre---sión "ex iure ...", pero no que siempre sea así, o de otra forma, no explica que nunca aparezcan los términos "Ius Quiritium". Aventuramos la hipótesis de que acaso, en un momento, el pueblo -- romano, por esa utilitas y concreción tan propia de su caracter, aunque pudiendo tener la concep-

ción de lo global, nunca hiciera uso de ella, -- gustando por contra del caso particular. La concreción se opone a lo global, que no a lo objetivo (no hay problema en admitir un derecho objetivo del caso concreto).

- (3) IGLESIAS, J. "Espíritu del Derecho Romano". Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid 1.980, pág. 73 y ss.
- (4) Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid en 1.983.
- (5) Según lo dicho, parece que en principio todos -- los contratos serían reales.

Imaginemos ahora un único quirite que fallece. El hijo de familia le sucede, toma su lanza (poder). El legatario, por contra, nunca toma su -- lanza, nunca le sucede. Según esto, es de pensar que en una primera etapa tampoco se concibiera -- en Roma sino la sucesión de uno por uno --no por varios-- ya que sólo un individuo y no varios pueden manejar la misma lanza. Según esto también -- resultaría que la mujer, en un principio ni po--dría suceder al muerto ni tampoco ella misma ser sucedida, pues ni tiene lanza ni puede tampoco -- adquirirla, ya que no toca a ella guerrear.

De lo dicho se deduce que la sucesión en el -- poder (lanza), precisamente en la sucesión here-

ditaria, no es una excepción a la regla general sino que en ella, está integrada.

Aún podrían sacarse otras muchas consecuencias del principio enumerado (parece más coherente, in initium, la sucesión testada que la intestada, la voluntaria que la forzosa, ... aunque habría que conjugar todo ello con el extraordinem) cosa que, por no ser objeto de nuestro estudio, no realizamos.

- (6) Según Carrelli ~~no~~ es correcto identificar (citado por Arias Ramos, op. Cit. pág. 192, nota 243) -- iudicium y formula, pues según las fuentes, la formula es el esquema abstracto inserto en el -- Edicto, mientras que el "iudicium" es el texto concreto que se redactaba a la hora de un determinado litigio.

Obsérvese por otro lado, como se emplean de forma sinónima las expresiones acciones o iudicia (stricti iuris, bonae fidei,...) coincidiendo los autores en que la expresión clásica fue ^{de} la iudicia (Windscheid, Schulz). Esto podía explicarse como una fase en la que aún la actio no había desplazado, dentro del procedimiento per formulas, al "iudicium" de su originario lugar.

- (7) Un caso curioso lo resulta el fenómeno de la litis contestatio ¿cómo explicar ese cuasi-contrato, y sobre todo esa extinción de la acción que

se produce precisamente a raíz del mismo?. Acudamos nuevamente a las lanzas, a la igualdad de los quirites, sólo mediante sumisión de ambos contendientes, en un principio, pudo pensarse en la -- conclusión de la guerra privada. Para asegurarse de que constituida la "litis" no volverían los - quirites a tomar "materialmente" las lanzas, se pensó en extinguir su acción (¿y que fue su acción en un comienzo, sino precisamente el combate físico? ¿qué, sino simulacro la acción en el procedimiento de las legis acciones?). De hacerlo, su actuación será ya antijurídica.

Pués bien, dice Wlassak (citado por Arias Ramos op. cit. pag. 178) que en el procedimiento - per formulas existía junto a la fórmula -iudi---cium o actio- siempre otro documento: un decre--tum dirigido al iudex con el "iudicari iubere". Sea o no cierto lo que dice Wlassak, el mero hecho de la distinción conceptual entre uno y otro contenido atribuye una muy particular y propia - finalidad, siquiera histórica, al primer contenido (según hemos expresado, producir la litis contestatio y extinguir la acción, entre otros).

- (8) PUGLIESE "Actio e diritto subietivo" Milano 1939
pág 249 y ss
- (9) Vid. ARIAS RAMOS, op. cit., pág 204 y ss.
- (10) ALBERTARIO, "Studi", IV pág. 177 y ss.

- (11) Conectando incidentalmente este fenómeno histórico de refundición ordo-extraordinem con la actual situación se observará que modernamente se polemiza sobre la naturaleza "judicial" o administrativa de los interdictos, muy especialmente el de la obra nueva y ruinosa. Se nos ocurre pensar que, en un determinado momento histórico, parte de la "Administración" romana, la que el magistrado jurisdicente representaba, se jurisdiccionalizó; y si bien la "iurisdictio" rápidamente se asimiló como tarea propia del juez, no ocurrió así con la protección "extraiudicium". También originarán dificultades las stipulationes pretoriae, missiones in possessionem, restitutio in integrum, en las que motivos más o menos racionales pugnan con su inclusión como tarea propia del juzgador.

Lo mismo que con los interdictos ocurrirá -- posteriormente con el juicio de revisión. Se -- discute, ¿es un verdadero recurso? ¿se trata de una actuación judicial o extrajudicial?

También el **tema** se plantea actualmente sobre el Tribunal Constitucional: ¿es un órgano judicial o más bien político?.

Aún nos quedará por afrontar cómo, por arrastres históricos, ha predominado en nuestro actual concepto de la función de juzgar, el térmi

no iurisdictio sobre lo que llamaríamos la 'iurisdicatio'. El primero era exclusivo del magistrado en la fase in iure-dictaba, enunciaba de forma imperativa, cuál fuera el derecho a aplicar en el caso concreto-; el segundo del sentenciador -declara, dice, en distinto sentido al magistrado, cuál sea el derecho existente- A pesar de la inexactitud que ello supone, hoy se habla de "jurisdicción" y no de "jurisdación" o "jurisdicación" ... como, según creemos, debería de forma racional decirse. Lo propio del juez no es dictar, sino declarar, dar el derecho (Vid. WENGER, "Institutionen des röm. Zivilprozessrechts", München, 1.925, pág. 28 y ss.)

- (12) No queremos con ello sino dejar bien claro que son absolutamente extrañas a la mentalidad romana las frases "todo derecho, una acción"; "no hay derecho sin acción". Es el correr de los siglos el que se encargará de trastocar el tema.
- (13) Piensese que tal especificación, acaso ya propia de la época clásica concuerda perfectamente con el tradicionalismo romano-si se admite que sólo el "razónhabiente" tendría actio- en la época arcaica- para actuar ante el magistrado.

Pero así suponiendo que tal especificación no se planteara en la época clásica, es indudable que se plantea en la postclásica.

Nótese, por otro lado, que cuando hablamos de "derecho" no nos referimos a *ius*, en sentido clásico. Ocurre, sin embargo, que la vivacidad del lenguaje terminaría imponiendo tal incorrección, (la *actio* como "derecho"), a base de repetición.

Antes de avanzar conviene indicar una importante nota sobre el surgimiento de la "favorabilidad" punto esencial en el concepto de *actio*. A este respecto hay que afirmar rotundamente -- que los clásicos y también el comienzo del post clasicismo, no reconoció en ningún caso tal nota como esencial a su concepto *actio* (y eso aún cuando ya entonces se comenzara a hablar de "derecho" a obtener una sentencia). La razón es -- contundente: piénsese en el efecto consuntivo -- de la *litis contestatio* (referido prístinamente a la época arcaica). Es cierto que el titular -- del *ius* tiene el medio, la *actio*, de defenderse contra el agresor. Pero que tenga el medio, en ningún caso le asegura el resultado, la eficaz defensa. Esto sólo depende de él --y no ya de -- que tenga o no *ius*; hablaríamos hoy de la "carga" del proceso-- Así como al guerrero no basta defender una noble causa para ganar o vencer al injusto agresor, así los romanos son conscientes de que no basta tener "*ius*" (la noble causa) y *actio* (lanza), sino también un arte de guerre

ar (si bien racionalizado para que no venza el más fuerte o hábil en armas, sino el que "lleve razón": el proceso) para vencer; el magistrado - ayuda y colabora para que venza el mejor, el -- que lleve la razón, pero en último término, han de ser ellos mismos quienes guerreen.

- (14) En modo alguno los romanos de aquella época pensaban que la actio, en sí, fuera un verdadero ius (aunque a base de imprecisiones, asimilación ius-actio comenzara a cuajar). Había de -- ser la fuerza de los siglos, que todo lo cambia y trastoca (y que malentende en ocasiones) la que haría "evolucionar" el concepto.

Es precisamente la deformación histórica, -- más o menos "mal intencionada" (estamos pensando en los intentos de construcción de la acción como derecho autónomo a fin de "independizar" - el derecho procesal con una cierta importancia) la que vería donde no ^{la} había una escisión. Ahora que la "autonomía" del Derecho Procesal ya es - un hecho y, que para nada necesitamos de este - tipo de andamiajes, hemos de afirmar que la actio romana no es un ius anejo al ius material. Tampoco se puede decir, que para Justiniano, -- sea una mera actividad (de lo contrario la hubie_{ra} definido como persecutio in iudicio ... no - como "ius persequendi").

- (15) Este concepto, claro está, tampoco resulta absolutamente "ex novo" creado. ¿Cuál, si no precisamente la petición, constituye la tarea principal del "perseguidor"? Por otro lado, resulta hipotizable que ya incluso al final de período de la época per fórmulas apareciese, entre ---- aguas (cuando se produjo la coexistencia procedimiento per formulas-extraordinaria cognitio), este concepto de actio que, sin desligarse totalmente del procedimiento formulario, enlazaba ciertamente con la extraordinaria cognitio.
- (16) BIONDI , "Diritto e processo nella legislazione giustiniana", en las conferencias per il XIV centenario delle Pandette, 1.931, pág. 131 y ss.
- (17) WLASSAK, "Römische Proceßgesetze Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens". Leipzig, -- 1.888 - 91, pág. 61 y ss.
- (18) Sólo cuando el "ius" pierde su originaria significación cobra sentido la polémica suscitada por Binder pues ^{sólo} entonces, con relación al vetusto - ius civile, resulta cierto que el pretor no hacía sino crear "derecho".
- (19) Desmembrado políticamente el Imperio, el derecho romano, sustentado antes "ratione imperii", encuentra nueva apoyatura en el "imperium rationis". También la idea política del "Imperium", aunque evolucionada, sobrevive: Papado, Oriente

y Occidente (Carlomagno) pugnarán por su conquista (Vid. KOSCHAKER, "Europa y el Derecho Romano, Madrid 1.955, págs. 17-79)

- (20) En la disputa Piacentino -que identificaba obligación y acción- y Azzo -que considera a la obligación como "mater actionis"- se adivina la futura distinción derecho subjetivo sustancial-acción. Siguiendo a Azzo, Acursio contrapondrá el "ius propter quod persequimur" al "ius quo persequimur" (Gl. quam vis Inst. de actionibus, l. actio (IV, 6 pr.)).

Pero ¿qué es la actio en sí? Mynsingerius la califica "legitima facultas"; Donello de "potestas iure tributa"; Wissenbachius de "legitima facultas et potestas"; Azzo y Vinius, por su parte, la consideran mero "factum".

Hotomanus llega incluso a preconizar a Degenkolb, afirmando que "actio vero in agendi tantum potestate consistit, nec ullam obligationem adiunctam habet" (in IV lib. Instit. Venezia, 1569 316) Se trata de la concepción de la acción como derecho abstracto.

Sobre el tema Vid. ORESTANO, Voz "Azione in generale" en Enciclop. del Diritto, IV, 1.959, págs. 792-794.

- (21) Heinneccius, ~~que~~ define a las acciones como ----
"media legitima ius suum in iudicio persequendi"

(Recitat. in elem. iuris civilis, l.725, lib. - IV, tit. 6 § 1.126 - Venezia, l.824,164) nos ha ce pensar que cuando Celso habló de la actio co mo "ius quod sibi debeatur iudicio persecuendi" al emplear el término ius estaba anudándolo más al quod sibi debeatur (ius quod sibi debeatur) que al "iudicio persecuendi" (ius iudicio perse quendi").

- (22) "Come le notti della leggenda, dice Calamandrei, respecto a las teorías sobre la acción, sono mi lle e una, e tutte meravigliose" (CALAMANDREI, "Studi sul processo civile", V, Padova, l.947, pág. 102)
- (23) Vid. ORESTANO, Voz "Azione ..." cit. pág. 786 y ss.
- (24) WINDSCHEID, "Die Actio deS röm. Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts" Düsseldorf, -- l.856
- (25) MÜLLER, "Zur Lehre von der römischen Actio" Er langen, l.857
- (26) En general, sobre el tema de la acción Vid. GO MEZ ORBANEJA, "Derecho Procesal Civil" I, Ma--- drid l.976 pag. 225 y ss.; FENECH "Derecho Pro cesal Civil", Madrid l.980 pág. 24 y ss.; SAEZ JIMENEZ Y LOPEZ FERNANDEZ DE GAMBOA, "Compendio

de Derecho Procesal Civil y Penal", I Madrid, -
1.963, págs. 169 y ss.

- (27) Sobre la doctrina de la acción como derecho postestativo Vid. CHIOVENDA "Azione ed accezione" in Saggi di dir, proc. civ. Roma 1.930, I pág. 23 y ss. y también CHIOVENDA, "Instituzioni di Diritto Procesale", I , Napoli, 1.933 pag. 17 y ss. Relativo a la teoría de Guasp quien obvia - el problema de la acción sustituyéndola en el - derecho procesal por el concepto "pretensión" - Vid. GUASP, "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil" I, Madrid 1.943, pág 328 y ss.
- (28) En general, pueden verse los siguientes artículos del Cc.; todos ellos referentes a la acción 43, 88, 127-141, 192, 348, 384-387, 400, 464, -- 644-654, 815, 1004, 1005, 1079, 1111, 1121, 1126 1158, 1159, 1294, 1299, 1301, 1305, 1314, 1459, 1490, 1496, 1499, 1512, 1552, 1597, 1623, 1630, 1659, 1722, 1765, 1813, 1839, 1904, 1962-1965.
- (29) Savigny distingue entre acción en sentido sustancial y acción en sentido material: La primera nacia de la violación del derecho; la segunda vendrá a ser la efectiva actividad del ofendido, mediante la cual hace valer su derecho -- (Cit. ORESTANO, Voz "Azione ..." op. cit. pág. 794). La acción, como "poder de pedir" coincidiría con la acción en sentido sustancial de Sa--

vigny (la acción como actividad -mejor petición- se relacionaría con la acción en sentido material). De lo dicho se desprende que no basta -- ser titular de un derecho para ser asimismo titular de acciones. La acción, para nacer, requiere un plus (Savigny lo expresa con los términos "violación del derecho").

- (30) El Código Civil, a lo largo de todo su articulado, no se ocupa sino de la acción judicial (para nada habla de la, en otros textos, denominada "acción administrativa", "acciones arbitrales", etc). Doctrinalmente se habla de derechos potestativos -las acciones serían parte de ellos. Frente a ellos no habría ningún sujeto obligado. En otras palabras: la acción no se ejercitaría contra el adversario sino "frente" al mismo (vid CHIOVENDA, "Istituzioni ...", cit, ibidem). No es éste, abiertamente, el sentir de nuestro Cc. Es más, dentro del mismo parece adivinarse una distinción entre la propia y verdadera jurisdicción (la jurisdicción contenciosa) y la erróneamente denominada jurisdicción (la "jurisdicción voluntaria"). Observese que cuando de "jurisdicción voluntaria" se trata evita el Código usar el término acción (vid. vg. art. 199 ss, especialmente arts. 214, 216, 218; art. 172 ss; art. 163; art. 181 ss). Suele el Cc. reservar el tér

mino demanda para cuando una acción se halla en juego, hablando en otro caso de simple petición ... (vid. arts. 219, 226 Cc). Por otro lado, pues tos en relación el art. 221 y ss, ¿podría hablarse para aquel caso de acción?. Creemos entresacar del articulado del Cc. el siguiente módulo distintivo entre jurisdicción (contenciosa o simplemente jurisdicción) y no jurisdicción (o jurisdicción voluntaria):

- cuando el legislador estima, "a priori", necesaria la contradicción, el ataque y la defensa, estamos en presencia de jurisdicción (vid art. 221 ss).
- cuando el legislador no estima, a priori, necesaria la contradicción, se trata de no jurisdicción (así se habla de expediente, etc. vid. art. 219)

En la jurisdicción hay siempre demandante y demandado; en la no jurisdicción nunca. Todo -- ello no obsta a que sobrevenidamente tenga previsto el legislador que un expediente pueda convertirse en contradictorio, jurisdicción en definitiva (vid. art. 219 Cc.). La distinción jurisdicción- no jurisdicción, según vemos, no es absoluta, intangible, sino que depende de la -- funcionalidad que adopte el legislador. Sobre el tema vid. GOMEZ ORNABEJA "Derecho ..." II cit, pag. 377 ss.

(31) La acción, para el Cc, es un poder, no un interés. Veamos no obstante la relación entre ambos conceptos. Dice Carnelutti que interés no es si no la "posición favorable a la satisfacción de una necesidad" (CARNELUTTI, "Sistema de D^o Procesal", I, Argentina, 1944, pag. 11). Rocco por su parte, supuestos los conceptos necesidad ("todo lo que exige la vida humana"), bien ("todo lo que es acto para satisfacer una necesidad" -una cosa, una acción, una relación jurídica...) y utilidad ("idoneidad de un bien para satisfacer una necesidad" -juicio de valor bien subjetivo, bien objetivizado) define el interés como "juicio formulado por un sujeto acerca de una necesidad, sobre la utilidad y el valor de un quid (bien), en cuanto sea un medio para la satisfacción de una necesidad" (ROCCO, V "Teoría general del proceso civil", tr. de Felipe de J. Tena, -México, 1959, pag. 19 ss)

Antes de relacionar interés y poder conviene precisar un tanto más la noción de interés -en el sentido que a nosotros pueda afectar:

- el interés no es una posición ("situazione" - dice CARNELUTTI en sus "Lezioni di Diritto -- Processuale Civile", Padua, 1930, pag. 3). A la hora de precisar el concepto interés importa no tanto la cosa en relación al sujeto (no

- ción que expresa el término posición) cuanto la relación que el sujeto tenga con la cosa.
- el interés no se relaciona con la necesidad - sino con la conveniencia.
 - el interés de determinado individuo, visto - objetivamente -vg. según la valoración media de los miembros de una comunidad-, puede no - coincidir con la visión subjetiva que del mismo tenga el interesado. Concretamente, la particular visión objetiva que de los intereses de los particulares tiene el legislador puede no coincidir con la visión de los implicados -es más, puede que ni siquiera ellos tengan - conciencia de sus intereses, siquiera subjetivamente.
 - no es estrictamente necesario que la defensa de los intereses particulares se confíe a los "interesados". No por ello puede dejarse de - hablar de interés -en sentido objetivo, se entiende-. Así, se puede ser titular de un interés jurídicamente protegido y no estar legitimado para defenderlo -vg el menor de edad- y viceversa, se puede estar legitimado para defender un determinado interés y no ser el titular del mismo -vg. coadyuvante de la Administración, Ministerio Fiscal, acción pública administrativa.

Acotado de este modo el concepto interés po-

demos, ahora sí, formular la siguiente relación: siempre que existe un interés (juridicamente -- protegido) existe un poder (legal), y viceversa. Uno implica a otro, pero no se confunden.

Pero si queremos aplicar la relación anterior al término acción (tal y como lo conceptúa el - Cc.) observaremos:

- Que la acción es un poder (podríamos, con las condiciones establecidas, decir ahora interés ...) cuyo ejercicio se confiere, cuando menos, a cualquier sujeto distinto del juez. La pura inquisición,

(donde el juez es además parte acusadora) -no - se encaja con la acción.

- Que la acción de lo declarativo es distinta de la acción de lo ejecutivo (dicho de otro - modo, que el poder de pedir v. gr. una sentencia es distinto del poder de pedir v. gr. la ejecución de esa sentencia -no se entiendan - los ejemplos citados como pronunciamientos a favor de una determinada teoría sobre la acción).

De este modo pretendemos haber obviado qué se entienda por "poder", concretamente en el Cc.

Hemos trasladado el problema al campo del interés y allí, en condiciones más ventajosas a nosotros, le

hemos dado fin. Con las condiciones expuestas - puede hablarse indistintamente de acción como - "poder o interés..." pues, aun tratándose de -- conceptos diferentes, el uno resulta implicado por el otro -y viveversa.

Sobre el tema del interés, vid. IHERING, --- "Geist des röm. Rechts", III, pág. 323 y ss. y HELLINEK, "Sistema dei diritti publici soggetti vi" tr. G. Vitagliano, 1.911, pág. 387 y ss.

- (32) Aun admitiéndose que la acción se halle incluida en el derecho -para el Cc.- se hace constar que la acción no nace normalmente al tiempo que el derecho. Vid. nota (29).
- (33) En Colombia, por contra, el Cc., aparte los sen tidos ya expuestos para nuestro Cc. (Vid. Arts. 946, 1.278, 1.736, 1.954, 2.491 Cc. colombiano respecto a la acción como "poder de pedir" y el Art. 973 Cc. colombiano respecto a la acción co mo "petición") da al término acción un tercer -- sentido: la acción corresponde no ya a su titu-- lar, sino a quien la ejercita (Vid. Art. 1.005 Cc. colombiano y ss.: "Las acciones municipales o populares se entienden sin perjuicio de las - que competan a los inmediatos interesados").
- (34) Esto nos lleva a la distinción entre juez-perso na y juez-órgano de la jurisdicción. Aún más, a la hora de definir al juez como órgano encarga-

do del ejercicio de la función jurisdiccional, ¿qué características habremos de atribuirle? Dice LIEBMANN ("Manual de Derecho Procesal Civil" tr. Sentís Melendo, Buenos Aires 1.980 pág. 6 y ss.) que son notas esenciales a todo proceso civil: la independencia judicial -necesaria para asegurar su imparcialidad-, el principio del -- contradictorio, de la demanda,...

En rigor, sin embargo, hemos de considerar:

- Que no es tarea, por su esencia, judicial la denominada función ordinatoria. Es "natural" -y de ahí el principio de inmediación- que -- sea el juez quien desarrolle el proceso. Nada obsta, sin embargo, a que tal misión fuera encomendada a otra persona, no juez. No por ~~ello~~ ello dejaríamos de llamar juez al "juez" -el -- que juzga-. La apreciación de lo actuado es - un prius lógico, no temporal, respecto a la - emisión de un juicio (en nuestro caso sentencia).
- Que si lo que se entiende por imparcialidad - es que el juez no tenga, en general, interés en el pleito, no es cierto que sea atributo - esencial de la judicatura la imparcialidad. - De lo contrario, no tendría sentido la limitación en el tiempo y en la forma -de la posibilidad de recusar. Una vez más se trataría de

una nota natural -pura conveniencia- que no - esencial a la función judicial.

- Que si por imparcialidad entendemos que el juez no se "aproveche" de su situación en el proceso, entonces sí que cabe encontrar base para afirmar que, "en derecho español", la imparcialidad del órgano judicial es característica esencial del mismo (Vid. Art. 1.796,4 de la L.E.C.)

Nos permitimos apuntar si acaso, frente a la actual regulación del artículo 190 LEC, no fuese de lege ferenda más oportuno "permitir", que no obligar, al juez, a que, dada una de -- las causas del Art. 189 LEC, se inhibiese --- (sin perjuicio, en **todo caso**, de la posibilidad concedida a las partes de recusar). Harto desacreditada se halla hoy en día la justicia como para fomentar, innecesariamente, la desconfianza en lo judicial; amén del riesgo que se corre -con la actual legislación- de - provocar un malestar entre los jueces.

La imparcialidad, en este sentido, no es - característica exclusiva -aunque sí esencial- de la jurisdicción. También los titulares de la Administración, por poner un ejemplo, han de ser imparciales. ¿Cambiarían los franceses comenta el profesor Fenech, su Conseil d'Etat

por nuestra jurisdicción contencioso-administrativa? Evidentemente, no.

¿Quién es juez en definitiva?. Tan sólo -- aquél que hic nunc, conforme a un determinado ordenamiento, es considerado como tal.

(También fuera de lo judicial existen procesos reglados... ¿en qué se diferencian éstos de los judiciales?. Vid. FAZZALARI, "Instituzioni de dir. proc." Padova, 1.979, pág. 7 ss.

- (35) No hay más que acudir al Art. 1.971 Cc. para -- darse cuenta de ello. En puridad, no hay más título "directamente" ejecutivo que el pronunciamiento -auto o sentencia- judicial, ni más ejecución que la que se corresponde a un pronunciamiento "definitivamente" firme (lo anterior sólo será ejecución provisional, temporal). Cuando lo que se discute afecta a la génesis lógica o incluso temporal -a lo sumo a lo coetáneo- al auto/sentencia en cuestión, nos hallamos ante -- una cuestión propiamente declarativa. Cuando, -- por contra, lo que se discute es algo "posterior" a la sentencia nos hallamos, por lo tanto, ante declaración -suponiendo exista contradictorio- pero no en sentido propio -pues se trata de una cuestión surgida "dentro" de la ejecución. Si -- esto es así, resulta lógico pensar que en ejecución "normalmente" sólo se admitirán cuestiones

declarativas (v. g. pago), pero no cuestiones - "propiamente" declarativas (cabe citar como excepción el juicio de revisión, Art. 1.796 LEC, - prueba evidente de la no "santidad" de la cosa juzgada).

Tema difícil -y descuidado- el de la ejecución. Parece lógico, en principio, relacionar - ejecución con responsabilidad -sujeción-, sanción y asimetría. Ahora bien ¿qué deberá entenderse "exactamente" por ejecución?. Admitiendo que por ejecución se entienda "ejecución forzosa":

- ¿Cabría hablar de ejecución fuera del ejercicio de la función jurisdiccional -v. g. en la jurisdicción voluntaria? ¿y de una sentencia meramente declarativa?.
- Dentro ya de la jurisdicción ¿Cabría hablar de ejecución de una sentencia de divorcio basada, entre otros, en el mutuo acuerdo de los cónyuges?
- Suponiendo que en algún hipotético caso la -- "ejecución" corriera en su totalidad por parte del órgano judicial -sin que siquiera -- fuera necesario que el demandante instara la ejecución- ¿podría hablarse en tal caso de -- ejecución?.(Vid. Art. 114,2 Cc.)

Cada uno de los interrogantes planteados viene a poner en cuestión las relaciones al inicio planteadas.

Sobre el tema Vid. CARRERAS, "El embargo de bienes", Barcelona 1.957, pág. 5 y ss.; FENECH, "Derecho Precesal Civil" cit. pág. 279 y ss.

(36) Vid. los siguientes Arts. del C. de c.: 29, 52, 53, 56, 62, 75, 77, 85, 98, 164, 181, 190, 215, 246, 247, 264, 287, 336, 342, 344, 353, 373, 515-517, 521-523, 537, 542, 544, 545, 557, 569, -- 571, 601, 608, 655, 708, 720, 731, 795, 829, -- 835, 852, 885, 894, 895, 907, 931, 942 y ss. --

(37) Vid. los siguientes Arts. del C. p. : 25, 105, 466, y 467.

El C. p. suele emplear el término acción de forma impropia (Vid. Art. 466); por contra, habla de prescripción de las penas (Arts. 112 y ss.).

(38) Vid. Arts. 4, 32, 33, 59, 76 E. T.

(39) En la Ley Hipotecaria Vid. Arts.: 37, 38, 41, - 128 y ss. ,147, 155, 302, 311

(40) En LPA Vid. los siguientes Arts.: 138, 142, 144 145.

(41) Cfr. Arts. 56, 62, 63, 153, 154, 477, 514, ---- 1.302, 1.387, 1.429, 1.430 LEC y Arts. 100 y ss.

270 y ss., 642 y ss., 783, 843 LECr.

(42) El mismo sentido cabe encontrar en el Code Civil Français (Vid. Arts. 340, 342, 1.166, 1.984 Cc. Fr.) El Art. 1.798 v.g. dice que "les ma---cons ... n'ont d'action contre ... que jusqu'a ...") y también en el Codice Civile Italiano (Vid. Arts. 248, 249, 267, 274, 949-51, 1.079, 1.168- 1.170, 2.900, 2.901, 2.907; el Art. 7 -- v. g. dice que "la persona alla quale si contesti il diritto all'uso del proprio nome ... può -chiedere giudizialmente la cessazione del fatto lesivo"). En Alemania, sin embargo, nunca encontraremos este sentido -ni en el BGB ni en la --ZPO- a la hora de hablar de la klage: la klage, es "siempre" una petición, una demanda -nunca - el derecho de demandar, de pedir- (Vid. § 211, 212, 1.001, 1.958, 2.342, en la ZPO Vid. § 253, 256, 260, 269, 271, 277, 530). Nos remitimos a nota (44).

(43) Sólo el C. Procedure Civile francés recoge este concepto (dice el Art. 30 CPC: "L'action est le droit pour l'auteur d'une prétention d'être en--tendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adverssaire l'action est le droit de discuter le bien fondé de cette prétention). Se trata de una innovación introducida en el CPC tras haber sido recogida

por el decreto 20-Julio-1972. Según VINCENT ("Procedure Civile", París, 1978, pag. 15 ss). La ley ha recogido la concepción de la acción como derecho abstracto ("elle apparait comme un status et l'exercice d'une liberté"). A nosotros nos parece, aparte otras consideraciones, que la introducción del nuevo art. 30, amén de --- otras innovaciones -droit d'agir, intérêt légitime...- no es sino un intento poco afortunado de resolver "por decreto" una cuestión doctrinal. Y decimos que se trata de una innovación desafortunada por las siguientes razones:

- porque tal y como resulta redactado el art. 30 CPC, su deslinde respecto a la legitimación es confuso (vid. arts. 31, 32 y 122 CPC).
- porque tal concepto de acción se coordina mal con otros preceptos del articulado (v.g. art. 398 CPC. "Le désistement d'instance n'emporte pas renonciation a l'action..." ; Vid. también 389).
- porque desvirtua la tradicional asimilación acción-demandante.

(44) No resulta en todo caso clara la admisión de este concepto en la Ley del Suelo; mucho menos en el Cp. Respecto de la acción penal "pública" -- del art. 101 ss LECr. podría argumentarse --el razonamiento es parcialmente aplicable a la Ley del Suelo:

- que, siendo cierto que toda acción penal es pública (incluso en casos de delitos privados o semipúblicos); no tiene demasiado sentido - afirmar que los titulares de la misma son "todos y cada uno" de los partícipes en una comunidad, sino más bien "la comunidad", considerada como bloque.
- que, de otro modo, puede entenderse que lo -- realmente público no es la acción sino el --- ejercicio de la misma -esta tesis no encuentra apoyo en el texto de la LECr. pues en sitio - alguno se habla de "acción privada" referida a los delitos privados-.

Resulta, pues, más que dudosa la admisión de tal conceptualización en nuestro ordenamiento.

- (45) Recoge tal sentido los arts. 3, 23 y 32 CPC --- francés (" les actions possessoires ne seront recevables qu'..."). Este es también el senti-- do -posiblemente único- de la "Klage". El § 253 ZPO habla de la "Klageschrift", La palabra "demanda", en alemán, no tiene otra traducción que Klage -si nos referimos a la petición- o Klageschrift -si nos referimos al escrito donde tal - petición se contiene (Vid. § 256, 260, 269, 271, 277, 530 ZPO).

Interesa, respecto al derecho alemán obser--
var:

- La Klage es distinta de la Anspruch: en una Klage pueden recogerse varios Ansprüche (§ 260 ZPO).
- No existe ni un sólo parágrafo donde apoyar en Alemania la construcción de la Klage como "poder...". Ni una sola vez se habla en el BGB ni en la ZPO del "Klagerecht". Tal derecho de acuerdo con el § 194 BGB es una Anspruch (dirigida al juez), ^{pero} no aparece nunca mencionado como tal.
- La Klage, al menos originariamente, más que "petición" sería "queja" ("sich beklagen" significa "quejarse")
- Podría admitirse que además del sentido aquí señalado, en el BGB el término Klage significara petición -en el sentido de nuestro Cc. - (Vid. § 1001, 1958, 2342 BGB; el § 1001 BGB - por ejemplo dice que "Der Besitzer Kann den Anspruch auf den Ersatz der Verwendungen nur geltend machen, wenn..."). Aunque tal postura es posible, su admisión no es forzosa (bastaría con admitir que ciertamente la Klage es la única Geltendmachung eines Anspruchs pero que no toda Klage es Geltendmachung -las Klage no fundadas-).

(46) V.g. art. 948 Cc. ital: "Il proprietario... può - proseguire l'esercizio dell'azione anche se --- costui, dopo la domanda, ha cessato... di posse

dere o detenere la cosa..." (Vid. también sobre qué se entiende por "esercizio dell'azione" el art. 99 ss del CPC ital.)

- (47) A ello no obsta que tanto acciones provenientes de la época arcaica -v.g. actio iudicati- como acciones posteriores al mismo procedimiento -actiones possessoriae- se "clasicizarán".
- (48) Se habla en nuestro textos de ejercitar la acción, instarla... difícilmente de "accionar" ¿Se trata de mera casualidad?. Más nos parece, por contra, que existe un rechazo inconsciente del legislador a conceptuar la acción como mera actividad, actuación.
- (49) El poder, en todo caso, se relaciona más con la capacidad, posibilidad... que con la seguridad de un resultado. "Sólo Dios para juzgar no necesita proceso", comenta el profesor Fenech. También la concepción de acción de nuestro Cc. es consciente de que el titular de la acción, si no levanta la "carga" del proceso, no obtendrá un pronunciamiento favorable.
- (50) Sobre el tema Vid. DIEZ PICAZO-GULLON, "Sistema de Derecho Civil", I, Madrid, 1977, pág, 465 ss.
- (51) Exactamente la misma construcción se observa en Italia (Vid. arts. 832 ss, 981, 2575 y 2584 Cc. ital.); Francia (ver art. 544 Cc. fr. y ss.) y

Colombia (Vid. arts. 823, 833, 838 Cc. colomb.). En Alemania, por contra, los § 985 ss. (" Ansprüche aus dem Eigentume") hacen pensar en una orientación "inclusiva" (Vid. también § 1005 y 903 -este último se refiere a las "Befugnisse" del propietario que no son Ansprüche pues no -- consisten en un "verlangen", pero que también -- estarían incluidas en la propiedad).

- (52) Propiedad -¿cabe propiedad de lo inmaterial?¿y de derechos?- , satisfacción directa de necesidades humanas -acaso el ¿derecho de superficie?- y proceso -¿desde cuando y hasta donde llega el proceso?- son conceptos que, por su relativa in determinación en cuanto a límites, deben suscitar en quien los maneja una especial cautela, - sobre todo cuando de elaborar, basándose en el radio de actuación de tales conceptos, se trata.
- (53) En un mundo dominado por la relatividad; en un mundo donde, según demuestra Einstein, tan correcto -o incorrecto- es decir que el tren se - aleja de la estación como que la estación se -- aleja del tren... ¿Quién se atreverá a hablar - de la objetividad de los conceptos?. Normalmente se piensa en la acción como defensa del derecho v.g. de propiedad (siguiendo el símil empleado, normalmente decimos que es el tren el que se aleja de la estación). Ahora bien ¿por -

qué no considerar, como dicen algunos, la propie
dad como defensa a su vez verbi gracia de la li
bertad?. Por otro lado, ¿por qué no considerar
que la "facultad de probar" no es sino "defensa"
de la acción?. No hay, según pensamos, crite---
rios objetivos con que responder a tales cues---
tiones. Tan solo existen criterios de normali---
dad (normalmente nadie dice que la estación se
aleja del tren). La normalidad, sin embargo, en
situaciones extremas, provoca confusión. Por ---
ello, abandonamos tal criterio. Dicho con otras
palabras: la disputa sobre si la acción, la fa-
cultad de adquirir por compraventa, el retracto,
etc... son o no derechos la trasladamos ahora -
al campo de ¿en qué se diferencian la acción, -
facultad de adquirir por compraventa, retracto,
etc, de otro tipo de derechos como pudiera ser
la propiedad?. Y en este punto, por no ser de -
interés a nuestro objeto -y porque además no ve
mos un criterio "absolutamente" preciso en el -
deslinde- abandonamos la polémica.

En apoyo de la consideración de la acción co
mo derecho citaremos el art. 24,1 de la C.E ---
("Todas las personas tienen derecho a obtener -
la tutela efectiva..."), el art. 951 Cc. italiaa
no (... ciascuno dei proprietari ha diritto di -
chiedere...), el art. 1609 LEC "El que se crea
con derecho a pedir alimentos provisionales, --

presentará con la demanda...", el art. 813 Cc. italiano, etc.

- (54) ~~ROMANO, A.~~ "Note intema di decadenza" en Riv. - dir. e proc. civ., 1964, pág. 185. Y añade: "Le difficoltà si ricollegano alla precisazione del contenuto stesso del diritto soggettivo, oggi - senza dubbio molto ridotto rispetto alla dottrina di un secolo fa".
- (55) Estática y dinámica no son conceptos absolutamente correlativos a omisión y acción. Nada obsta, en principio, a que dentro de una omisión - se vea un aspecto esencialmente dinámico (v.g. de sujeción) ni tampoco a que una acción resulte integrada en una visión general, estática.
- (56) Así, parece que cuando se habla de derecho de - propiedad, de uso, de usufructo, de habitación, de enfiteusis, ... se destaca primordialmente - la idea de permanencia, de estática. Luego, en principio, la posibilidad de su ejercicio -en - el sentido aquí empleado- habrá que ab initio - descartarlo.
- (57) Así, cuando se trata de un derecho de pescar en determinado río, el aspecto "hacer" resalta sin duda alguna; por contra, cuando nos ocupamos -- del derecho de abstenerse de realizar una determinada conducta, el "no hacer" ocupa posición - principal.

- (58) El derecho a cazar, cuyo ejercicio no es sino - el acto de cazar, viene ejercitado fundamentalmente por el legitimado activamente -en este caso coincidente con su titular-. El derecho a -- ser elegido en unas votaciones, por contra (su ejercicio sería el hecho de ser elegido) correspondería en su "ejercicio" a un/os tercero/s. - Entre estos dos casos extremos encontraríamos - otros más dudosos v. g. el derecho a cobrar una deuda. Nos preguntamos ¿podría hablarse verdaderamente de ejercicio por el legitimado activa--mente para cobrar.-acto de cobrar-? ¿o se tra--taría más bien de un "ejercicio" por el pagador -hecho de cobrar, diríamos entonces, refiriendo nos al ejercicio del derecho a cobrar-?. Todo - depende de lo que cada uno personalmente resal--te más: si el lado activo -acto de cobrar- o el pasivo -hecho de cobrar-.
- (59) Así, si pretendieramos expresar que la extin---ción del derecho a perseguir una pieza se produ--ce por el hecho de no perseguirla dentro de un cierto tiempo, en modo alguno hablaríamos del - ejercicio del derecho a cazar; precisamente nos referiríamos al ejercicio del derecho a perse--guir (de lo contrario, resultaría que el mero - hecho de seguir cazando, de seguir colocando -- trampas, etc, aunque no se persiguiera al ani--mal, evitará la extinción del derecho a perse---

guir).

- (60) En el caso expuesto en la letra (f) con la intención de que no cualquier disparo, colocación de trampas, persecución, etc. evitara la extinción del derecho a perseguir. hablamos de la mínima unidad de acto "persecución" -visto de --- otro modo, la mínima unidad de derecho, "derecho a perseguir". En cambio, si hubieramos pretendido que los demás actos interrumpieran también la extinción del derecho a perseguir habríamos entonces hablado de la mínima unidad de ac to "caza" - o si se quiere, de la mínima unidad de derecho, "derecho a perseguir".
- (61) Véase v. g. el Art. 612 del Cc. Apréciase, por otro lado, la aguda distinción germana entre -- "Ausübung y Geltendmachung" de un derecho (La Ausübung estará próxima a la "die Entfaltung -- der in ihm (Recht) enthaltenen Macht"; la Geltendmachung empleada sobre todo al hablar del -- ejercicio del Klagerecht, identificaría una -- mínima unidad de acto denominada "petición...)
- (62) Si ha seguido toda la trama sobre qué se entien de por "derecho de pedir..." se apreciará una -- "vecindad" con el concepto Klagerecht ofrecido por Hellwig -él ^{lo} contrapone a la Klagemöglich--- keit, atañente a todo demandante- "Die Klagmöglickeit, argumenta, steht jedermann frei; das

Klagrecht aber steht nur demjenigen Kläger zu, - zu wessen Gunsten die Klagvoraussetzungen begründet sind (Vid. HELLWIG, "Klagrecht und Klagmöglichkeit", Leipzig, 1.905, pág. 42).

(63) Un ejemplo y una aclaración servirán para confirmarlo:

- Sin duda el que se ve desposeído ilegalmente de su pertenencia tiene acción contra el que lo desposeyó. ¿Tendrá por ello derecho a pedir del Rey la tutela, que según está establecido, sólo el juez puede concederle? (Vid. -- Art. 24,1 C. E.)
- Que la presentación de una demanda incorrectamente formulada no constituye ejercicio del derecho a pedir no implica en modo alguno que la misma no surta efecto; así normalmente la ley le reconocerá efecto interruptivo del plazo de prescripción, acaso validez para constitución en mora del deudor, etc.

Tema, en todo caso distinto al que nos ocupa es si la mera presentación de la demanda, reúna o no todos los requisitos legales, constituye ejercicio del derecho a pedir que a toda persona corresponda (este derecho no se confunde con la acción).

(64) Conviene hacer una breve referencia a la doctrina del abuso del derecho. El tema sería el si--

guiente: el que abusa de su derecho ¿ejercita -- su derecho, aunque abusivamente, o más bien --- cuando abusa, no ejerce ya su derecho?. En el fondo se trata de la misma cuestión que la plan teada.

La historia, una vez más, se encarga de re-- solvernó el problema: se trata de un "enfrenta^u miento" tradición y razón. Originariamente en -- Roma no hubo sino poderes absolutos --muy concre^u tamente, sólo hubo la propiedad- El dominus ex iure quiritium, podía incluso aniquilar su per^u tenencia (era extraordinem que su poder se veía limitado; insistimos, extraordinem, "extrajurí^u dicamente"). Con el tiempo ordo y extraordinem -- se funden --el tema está relacionado con la apa^u rición de la extraordinaria cognitio- ; y bien, ¿qué sentido quedaba al abuso del derecho --in-- cluido. ... en el extraordinem hasta entonces-?. Absolutamente ninguna. Sería -- la "virtud" típicamente romana del conservadu-- rismo, de la superposición, y sobre todo, la -- doctrina de los glosadores, quienes se encargaba^u en de "edificar" tal construcción, eso sí, "contra^u rationem". (Nótese, como apoyo a la tesis de -- que el mundo clásico romano no conoció la figu^u ra del abuso del derecho que el término "abute^u re" en las fuentes, nada tiene que ver con abu^u sar, relacionándose más bien con la percepción

de frutos).

Llegados a nuestros días, seguimos haciendopri
mar la tradición -sobretudo inconscientemente-
en vez de "racionalizar" el concepto. El "ejer-
cicio" abusivo del derecho, pensamos, no es ---
ejercicio; y no lo es, porque no hay derecho al
abuso (Vid. CASTAN, "Derecho civil español co--
mún y foral", Madrid 1.971, Tomo I, Vol. 2, pág
47 y ss.).

III. TIEMPO Y DERECHO

Fijados los conceptos derecho y acción (1), procede entrar en el estudio concreto de la prescripción y caducidad.

1. UN PUNTO DE PARTIDA

"En principio nos encontramos con que la prescripción y caducidad... se refieren a la eficacia que el transcurso del tiempo ejerce sobre el nacimiento, desarrollo o extinción de los derechos y relaciones jurídicas" (2).

Efectivamente, aparte la cuestión de si el tiempo es -o no- causa eficiente de la vida del derecho (3) observamos que el tiempo mismo influye en multitud + de relaciones jurídicas: entrada en vigor de una ley, habilitación de horas para actuaciones judiciales, -duración de una concesión administrativa, de un usu-fructo, usucapión, prescripción y caducidad, ... (4)

1.1 Momento y plazo

El tiempo, decía Aristóteles, no es sino la medi-da del movimiento. Curiosa observación que nos sugiere relaciones estática-eternidad. No es éste, sin embargo, el tema que ahora nos interesa. No es del tiempo -objetiva, exclusivamente considerado- de lo que ahora nos ocupamos, sino de su medida.

Una base para la discusión podría ser entonces la siguiente: No existe una medida "objetiva" del tiempo. Y si esto es así ¿donde cifrar la diferencia entre momento y plazo?.

Se trata, según pensamos, de un matiz de apreciación: en el plazo existe la representación "mental" de un punto a quo, un desarrollo y un punto ad quem; en el momento, no -lo a quo y ad quem se fusionan -- "mentalmente"- Y si esto es así, lo que para uno sea un plazo, para otro podrá ser un momento, y viceversa ("la protesta... se hará en el acto del juicio" - Art. 78 LPL: ¿Existe un plazo o un momento para protestar?).

Por su esencial complicación e importancia, nos detendremos a realizar un breve estudio de los plazos.

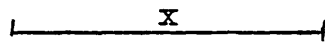
2. ESPECIAL CONSIDERACION DE LOS PLAZOS

Definiremos el plazo como "lapso de tiempo comprendido entre un momento a quo y otro ad quem (5).

2.1 Una clasificación formal

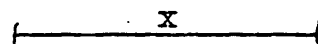
Abandonando otro tipo de clasificaciones (por su fuente -legales, judiciales y convencionales-, su eficacia-en el momento del nacimiento, desarrollo, o extinción del derecho-, esencia, etc.) ofreceremos una clasificación 'more mathematico', de las alteraciones más importantes de los mismos, de las que posteriormente extraeremos consecuencias.

Sea el plazo tipo

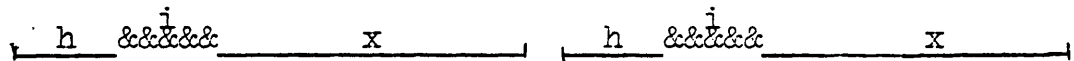


donde x es el lapso de tiempo comprendido entre el -comienzo y fin (los extremos de la línea). Obtenemos:

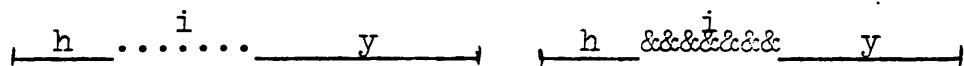
1. Plazo sin ningún tipo de modificaciones



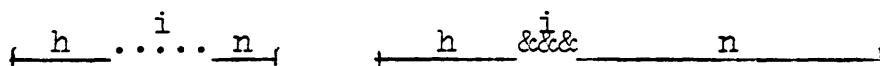
2. Interrupción (v.g. 1.973 Cc.)



3. Suspensión (v.g. 554 LEC)



4. Paralización estrictu sensu (v.g. 539 LEC)



a una figura unitaria). Baste, sin embargo, a los -- efectos de prescripción y caducidad, el análisis y -- exposición efectuado

Un particular tipo de plazos

Estudiaremos a continuación un determinado tipo -- de plazos, que según veremos, resulta de muy directa aplicación a los institutos prescripción y caducidad. Procederemos en vía escalonada.

1. Lapso de tiempo. Todo plazo, en cuanto construc-- ción mental, va orientado hacia una determinada -- razón.
2. Lapso de tiempo pensado para la realización de -- conductas humanas. Abandonaremos los plazos que -- se fijan en el acaecimiento de un determinado -- acontecimiento natural, y también los mixtos (ac-- titud humana y hecho de la naturaleza)
3. Lapso de tiempo pensado para la realización de -- unas acciones u omisiones. En la acción u omisión exigiremos voluntariedad --en el sentido de la doc-- trina penal causalista--, elemento no constitutivo de toda conducta humana (v.g. fuerza irresistible)
4. Lapso de tiempo pensado para la realización de ac-- ciones.
5. Lapso de tiempo pensado para la realización de una acción. Entre "acción" y "acciones" no hay sino -- una diferente representación "intelectual" del he-- cho en el sujeto. No hay diferencia objetiva.

6. Lapso de tiempo pensado para la realización de -- una acción finalística (se trata de la visión de la acción por la doctrina penal del finalismo; -- visto desde el punto de vista de la doctrina causal, hablaríamos de una acción dolosa)
7. Lapso de tiempo para la realización de una acción finalística proveniente de un sujeto legitimado. Este tipo de plazos en concreto es el que, en --- principio, mejor parece adecuarse a prescripción y caducidad.

Observese que para nada hemos hecho mención -no- les hemos impuesto condiciones- a los momentos a quo y ad quem de los plazos tratados.

No se nos escapa la dificultad de distinguir entre conceptos tales como acción-omisión, conducta-acción, etc,.. Tales cuestiones, sin embargo, hemos de darlas por sentadas.

2.1.1. Consecuencias "formales" de la clasificación efectuada

De lo expuesto se deduce que:

- no existe, formalmente, diferencia cualitativa -tan solo cuantitativa- entre una paralización (Vid. 2, 3,4) momentánea y una paralización prolongada. Se trata de una mera aplicación de la diferencia momento-plazo.
- interrupción, suspensión y paralización strictu --

sensu son reconocibles, formalmente, a la figura - unitaria.

$$\begin{array}{ccc} \text{h} & \dots & \text{i} & \text{e} & & \text{h} & \dots & \text{i} & \text{e} \\ \text{-----} & & \text{-----} & & & \text{-----} & & \text{-----} & & \text{-----} \end{array}$$

donde "e" es un número positivo cualquiera. Veamos:

- . si decimos que "e" es función de x -f(x)- pero no función de h -f(h)- entonces "podemos " estar en - un caso de interrupción. (Si e = f(x) = x, se trata seguro de interrupción).
- . si decimos que "e" es f(x) y también f(h) -f(x,h)- entonces "podemos" estar en un caso de suspensión (si e = f(x,h) = x-h, se trata seguro de un caso de suspensión).
- . si decimos que "e" depende de cualquier cosa -f(x), f(x,h) f(i), etc- pero que "e" no es igual a "x", ni a "x-h", entonces podemos afirmara que nos hallamos ante un caso de paralización strictu sensu.

Todavía habría que indagar si fuera ya del campo de lo formal, existen diferencias "objetivas" entre suspensión e interrupción -dicho de otro modo, si -- existen causas "per se" de suspensión/interrupción-. Apuntamos, sin perjuicio de un ulterior desarrollo, el obstáculo cuando menos aparentemente insalvable - que a tal proposición supone el art. 746 LECr. en re lación con el art. 749 del mismo texto legal.

3. EL TIEMPO NO CORRE IGUALMENTE PARA TODOS

Lo ha dicho Einstein: El tiempo no pasa igualmente para todos; los 365 días de un "tranquilo" agricultor no se corresponden en modo alguno con los 365 días de la vida de un astronauta lanzado al espacio. - Empleando la exageración y el vulgarismo, podríamos decir que acaso los 365 días del agricultor no fueran sino 364 días en la vida del astronauta en cuestión.

Y si esto es así ¿dónde queda la absoluta "precisión" de los relojes? ¿dónde la "exacta" fijación de plazos?. También aquí la relatividad hece mella. Si no ahora (pues aún no ha avanzado lo suficiente la ciencia), tal vez lege ferenda, se haga imprescindible la fijación de un punto de referencia a la hora de tratar jurídicamente el tiempo (v.g. el tiempo -- respecto del ciudadano "medio") Como problema ya actual cabría plantearse: supuesta la verosimilitud de ciertos fenómenos parasicológicos, ¿es de aplicar la presunción de conmorienencia a dos gemelos -ligados -- hasta en la muerte- muerto uno en pleno vuelo mientras que el otro "al mismo tiempo" moría en un hospital? Sirva lo anterior a "desmitificar" la objetividad del concepto tiempo.

- (1) Una última llamada al concepto acción la recogemos de ALAS, DE BUEN, RAMOS (" De la prescripción extintiva", 1918, pág. 97). Distinguen tales autores entre acción material ("irradiación de un derecho subjetivo") y acción procesal ---- ("irradiación del derecho que tiene toda persona a ser oída por los tribunales y a que ellos decidan sobre la pretensión que se les presenta") -- concluyendo que "así como toda acción en sentido material al presentarse ante los tribunales adquiere un aspecto procesal, no toda acción en -- sentido procesal lo es en sentido material". El concepto de acción aquí ofrecido se aproxima al ahora denominado acción material -hechas las precisiones indicadas en el capítulo anterior-.
- (2) MUÑOZ ROJAS, "Caducidad de la instancia judicial", Madrid, 1963, pág. 81. Sobre el tema Vid. CARDENAL FERNANDEZ, "El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones", Madrid 1.979. Como dice FERRUCCI (Voz Prescrizione estintiva" en Nov. Dig. - Ital., XIII, 1.957, pág. 644) "Per entrambi gli istituti -prescripción y caducidad- un certo potere si perde qualora una certa attività non venga compiuta entro un termine".
- (3) Así lo afirma Savigny mientras que Grocio y Vico lo niegan ("tempus non est modus constituendi vel dissolvendi iuris"). Desde el punto de vista es--

trictamente formalista se observa que en toda norma jurídica existe implícito un deber-ser lógico- no causal. Así, no basta que un determinado acontecimiento -v.g. el transcurso del tiempo- tenga lugar para que, per se, tenga efectos jurídicos. Hace falta que tal acontecimiento se "anude" un deber-ser. Esta idea subyace en la sentencia 20-6-1.968: "El tiempo no es causa -- eficiente de la vida del derecho y la opinión científica reconoce que el tiempo, por sí sólo, sin necesidad de otros requisitos, no crea, modifica, conserva o extingue derechos" (Vid. también sentencias 14-4-1.947 y 11-6-1.960)

Fuera ya del formalismo -¿el derecho objetivo crea o reconoce derechos subjetivos?- es donde habría que situar la polémica. Y es ahí donde no entramos.

- (4) "El tiempo que todo lo muda no podía dejar de afectar al nacimiento y pérdida de los derechos ...". Se citan otros casos (CASTAN, op. cit. -- I, Vol. 2, pág. 828). No creemos incurrir en error si, generalizando, afirmamos que todo el mundo de lo jurídico está relacionado con el tiempo; en sentido inverso, podría postularse que todo lo afectado por el tiempo "puede" verse relacionado con el derecho -así v.g. el acontecimiento de la naturaleza más imprevisible -- puede ser base de una condición contractual-

- (5) Sobre plazos en general Vid. PORRETA "Conferencia: caducidad y prescripción", narración de Sanchez Torres. Rev. de Derecho Mercantil, V.7, --- 1.949, pág. 432-433.

Particularmente refiriendose a su clasificación Vid. ALAS, DE BUEN, RAMOS "De la usucapión" 1.916, pág 12 y ss.; MODICA, "Teoria della decadenza nel dir. civ. ital" , I, Torino, 1.906, capit. 6 y 7.

- (6) Puede verse un caso de restitución de término en el Art. 767 LEC (audiencia al condenado rebelde) El caso en Italia es tratado por CARNELUTTI, --- "Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano" tr. Guasp, Barcelona, 1.942, pág. 311

IV LOS HECHOS, LA CADUCIDAD Y LA PRESCRIPCION

Es tan impreciso el uso del vocablo "hecho" que sólo con relación a temas concretos, nos sentimos con fuerzas para acotar el concepto. Presentamos a continuación algunas de las relaciones más relevantes de los institutos en estudio con los "hechos" entendidos de uno u otro modo.

1. HECHOS CONSTITUTIVOS, IMPEDITIVOS, EXTINTIVOS Y EXCLUYENTES

Admitamos tal clasificación como hipótesis de trabajo. Con objeto de ofrecer una clasificación absolutamente precisa -formal- de los mismos. Comencemos exponiendo los puntos comunes a los cuatro tipos de hechos en cuestión:

1. Todos los hechos se refieren a una misma pretensión (1)
2. Ninguno de los hechos en cuestión niega a los otros tres: Son compatibles entre sí (2).
3. Todos estos hechos se ven afectados por la carga de la prueba (3) y son susceptibles de alegación.

Fijemos una determinada relación: A reclama de B el pago de una deuda, y éste en tres casos diversos, le opone a) causa ilícita del contrato; b) prescripción; y c) pago

Respecto de la relación en consideración podemos decir que:

- Son hechos constitutivos, aquellos cuya carga de la prueba recae sobre A
- Son hechos impositivos, extintivos o excluyentes, aquellos cuya carga de la prueba recae sobre B.

A su vez los hechos impositivos, extintivos y excluyentes se distinguen porque:

- . Los hechos excluyentes, sólo si son alegados por B pueden ser estimados por el juez.
- . Los hechos impositivos y extintivos, no necesitan para ser estimados ser alegados (4).

Por último concluiremos diciendo que:

- Los hechos impositivos son o anteriores o coetáneos a los hechos constitutivos a los que se refieren.
- Los hechos extintivos son posteriores a los hechos constitutivos a que se refieren (6):

Delimitando el campo de actuación (7) nos preguntamos: caducidad y prescripción ¿entran en el campo acotado? ¿de qué modo?.

1.1 La consecuencia jurídica -extinción del derecho- de la norma que fija la prescripción y caducidad

Suponiendo que conceptuemos como hecho la conse--

cuencia jurídica de la norma que fija la prescrip---
ción y caducidad, resultará entonces que, en España,
normalmente, la caducidad será un hecho extintivo en
tanto que la prescripción lo será excluyente (8).

1.2 El supuesto de hecho de la norma que fija la
prescripción y caducidad

Suponiendo que por hecho entendamos precisamente
el supuesto de hecho de la norma que fija la pres---
cripción y caducidad, nos encontramos con que no ha-
llamos reglas omnicomprensivas de todo el supuesto -
de hecho -considerado en bloque- sino que hemos de -
ir acotando, una tras otra, parcelas del supuesto de
hecho en cuestión (9). No existe pues una única regla
sino reglas -más o menos generales-

2. LOS HECHOS EN LA CASACION

He aquí un nuevo sentido del término "hecho", ---
ciertamente muy relacionado con el anterior.

De modo general puede pensarse que prescripción y
caducidad podrían entrar en casación, bien dentro --
del motivo primero del Art. 1.692 LEC, bien dentro -
del motivo séptimo del mismo Art. ¿Cuándo en cada --
uno de los motivos?. Sintetizando diremos:

- Que la fijación de un momento a quo del plazo de -
prescripción y caducidad distinto del previsto por
la ley entra en el motivo 1º (Vid, Sent. 3-10-1982)
- Que la admisión de una causa de interrupción no --
prevista en la ley entra también en el motivo 1º -
(Sent. 22-10-1.981)
- Que en el motivo 7º nunca entra el error estricta-
mente de hecho (10) sino sólo el error de derecho,
bien en la interpretación, bien en la valoración
(11) de las pruebas en cuestión (12)

Lo que en todo caso ha de quedar claro es que el
motivo 7º se refiere a normas de "prueba" mientras -
que el 1º se refiere a "normas que no son de prueba"
-no entramos de qué tipo concretamente- (13).

Valgan pues las líneas anteriores para poner en -
guardia al lector de los múltiples sentidos en que -
al hablar del "hecho de la caducidad/prescripción" -
se utiliza el término "hecho". Al lector -y también
al expositor- corresponde percibir cuál de ellos es
usado en cada caso concreto.

- (1) Con el objeto de simplificar el tema referiremos los hechos en cuestión a mínimas unidades de pretensión procesal. Aparte la pretensión que consideremos, existirá, aún dentro de un mismo proceso, con sus respectivos hechos, muchas otras pretensiones, de las que nos ocuparemos.
- (2) Podemos pues descartar ab initio la mera defen---sión (negación directa o coartada) como entrante dentro de la clasificación ofrecida. Ni siquiera, por tanto, respecto a una relación determinada, la clasificación que adelantamos comprenderá a -- todo tipo de hechos.

Dice FENECH ("El proceso penal" cit. pág. 117) que carga es "actividad necesaria para la satisfacción del derecho por parte de su titular, que exige la subordinación de un interés propio a -- otro interés propio, y que lleva aparejada la necesidad de estar a la consecuencia de la falta -- de ejercicio de un derecho". En sentido similar, CARNELUTTI "Instituciones ... cit. pág. 195, la carga se distingue del deber en que la primera -- opera como simple condición para la obtención -- del derecho en cuestión, mientras que el segundo implica sanción.

- (3) Conviene acotar que se entiende por carga de la prueba. Esta puede teóricamente entenderse en -- tres modos diversos:

- Se refiere a todo tipo de hechos alegados, -- incluso a los que no pueden legalmente ser -- probados (hechos físicamente imposibles, presunción iuris et de iure, exceptio veritatis del Art. 461 Cp. etc.)
- Se refiere a los hechos que pudiendo ser probados no necesitan ser probados (v.g. hechos notorios) y a los que para ser estimados han de ser probados.
- Se refiere sólo a los hechos que necesariamente han de ser probados para ser estimados.

De ahora en adelante descartaremos el primer -- sentido de los indicados.

- (4) B se mantiene en constante rebeldía. A pesar de ello, resulta probado en el proceso que la deuda se pagó ¿Debe el juez absolver o condenar a B?

Pero aun si consideramos que el pago es un -- hecho excluyente, otros supuestos habrá en que no haga falta la alegación de las partes para -- la estimación del hecho (v.g. Arts. 1.494,1 y -- 1.275 Cc.)

- (5) La declaración de incapacidad v.g. por causa de locura -Art. 213 y ss. Cc.- anterior a la perfección del contrato entre el loco y un tercero es un hecho impeditivo. Vid. Art. 1.263,2 Cc.

- (6) No es de rigurosa exactitud, conforme a los principios establecidos, afirmar que los hechos extintivos siempre presuponen a los constitutivos. La práctica, sin embargo, impone tal asimilación
- (7) No existen hechos "per se" constitutivos, extintivos, etc.: sólo en función de una determinada relación cabe atribuirles uno u otro apelativo.

Obsérvese por otro lado que para nada nós pronunciarnos en la clasificación ofrecida, sobre - si la posición de las partes en el proceso influye -o no- en el reparto de la prueba.

Sobre la clasificación de hechos en constitutivos, impeditivos, etc. Vid. SERRA, "De la prueba de las obligaciones", Comentarios al Cc. ... XVI, II, dir. ALBALADEJO, Madrid, 1.981 pág. 61 y ss.; GOMEZ ORBANEJA-HERCE, "Derecho procesal... ", I, Cit, Pág 309-312; RAMOS MENDEZ, "Derecho Procesal Civil", Barcelona, 1.980 pág. 448--449.

- (8) En España, hoy por hoy, difícilmente la caducidad será un hecho excluyente; tampoco la prescripción de modo ordinario, será un hecho extintivo. Nada obsta sin embargo en teoría a que ello ocurra. Así el Art. 2.969 Cc. Ital dice que "la decadenza non puo essere rilevata d'ufficio dal -- giudice, salvo che...". Por contra el Art. 69 de la Ley General Tributaria afirma que "la pres---

cripción se aplicará de oficio ..."

Por su propia naturaleza, ni prescripción ni - caducidad podrán ser hechos impeditivos (sí, por contra, constitutivos).

(9) El supuesto fáctico de la caducidad, en general, seguirá siendo un hecho extintivo. La dificultad respecto a la prescripción, es extrema. Nos permitimos indicar:

- Que el que alega la prescripción ha de probar su fecha de arranque (Sent. 22-1-70)
- Que el que alega la interrupción de la prescripción ha de probar precisamente la causa que mo tivó tal interrupción (Sent. 25-Jun.-1.969)

Resultaría así, por ejemplo, que la interrupción más que excepción en sentido propio (Einrede, hecho excluyente) sería una contraexcepción. Así - las cosas, la interrupción del plazo de prescripción ¿qué tipo de hecho es? ¿impeditivo -Einwendung- o excluyente -Einrede-?. ORIANI ("Processo di cognizione e interruzione della prescrizione" Napoli, 1.977, pág. 231 y ss) arguye en uno y -- otro sentido.

Es cierto que el que alega la prescripción ha de probar la fecha de arranque; pero, ¿hasta qué punto? ¿y si el punto de partida se basa precisa mente en el conocimiento o posibilidad de conoci

miento, de determinado hecho por parte del titular del derecho prescrito? Vid. Sent. 12-2-1.970

No existen reglas generales. He aquí la única conclusión... "definitiva".

- (10) Dice el Art. 1.692,7 "Habrá lugar al recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal: ... 7º cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho o error de hecho, si este último resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador".

Comentando el Art. señala FENECH ("El concepto de documento auténtico", RGLJ, 1.941, I Pág. 216 y ss.) que la expresión "documentos y actos auténticos" proviene de una desafortunada traducción del francés: los términos "acte aut^{en}tique" se tradujeron por "acto auténtico" en vez de por "acta auténtica" (v.g. acta notarial), - que era su verdadero significado. Vid. también Sent. 17-1-1.963.

JIMENEZ CONDE ("La apreciación de la prueba legal y su impugnación", Salamanca, 1.978, Pág 136, 203, 211, 219, 225, 252), basándose en tal premisa, ~~reparese que~~ la prueba documental es una prueba de no libre valoración- sostiene que el error, estrictamente fáctico (aquél que "tiene lugar cuando el órgano jurisdiccional --

aprecia incorrectamente aquellos medios de prueba respecto a cuya eficacia y valor no existe - precepto obligatorio de ningún género, estando facultado el juez o Tribunal para formar su criterio en este aspecto conforme a su discrecional parecer") no tiene acceso a la casación. En contra Vázquez Sotelo, Fairen y Guasp, (cit. en JIMENEZ CONDE, "La apreciación..."cit. pág.218)

Aun compartiendo en sede de principios la tesis defendida por Jiménez Conde nos permitimos sugerir, ley en mano:

- ¿Podría un tercero invocar el motivo 7º en base a la interpretación -y no a la valoración- equivocada de determinado documento del art. 1218 Cc.? Un documento auténtico ¿lo es en sí o en función del asunto de que se trate?
- En el caso del art. 1218,2, suponiendo que lo directamente infringido sea la interpretación y no la valoración, del documento en cuestión ¿podría invocarse el motivo 7º en base a una incorrecta interpretación -que no es tasada- del documento en cuestión?

- (11) "El primero conduce a determinar equivocadamente los resultados fácticos del medio de prueba de que se trata, o a no comprender el verdadero y exacto sentido de los juicios de hecho que de aquel se deducen; el segundo, en cambio, consis-

te en atribuir un nivel inadecuado de certeza y credibilidad al medio de prueba" (JIMENEZ CONDE "la apreciación..." cit. pág. 130). El art. 1240 Cc. recogería un supuesto de interpretación tasada; el art. 1218 Cc. uno de valoración, también tasada.

- (12) Así se entiende que el Tribunal Supremo diga -- que "la apreciación del transcurso del plazo y del momento en que debe empezarse a contar es -- de hecho y de incumbencia del Tribunal a quo" -- (sent. 25-6-1924; en el mismo sentido sentencias 10-11-1920; 26-6-1928; 30-5-1958; 27-6-1969 16-1-1975) o que "la interrupción de la prescripción es una cuestión de hecho cuya apreciación compete a los tribunales de instancia" (ss 29-6-1964; 30-12-1967)
- (13) Sobre el tema Vid. NUÑEZ LAGOS, "Documento auténtico en la casación civil", Madrid, 1960.

V FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCION Y CADUCIDAD

Nos limitaremos a realizar un estudio "formal" de la cuestión. No entraremos por tanto en valoraciones, en concreto iusnaturalistas (1).

1. NO EXISTE UNA UNICA RAZON SINO RAZONES

Suele decirse que la prescripción se funda en la seguridad jurídica (2), en una presunción de abandono (3), en la negligencia del titular (4), en el silencio de la relación jurídica (5), etc; por contra es corriente anudar caducidad y certeza (6). Todo -- ello resulta admisible, pero sólo como simplifica--- ción, generalización del tema.

El legislador, es consciente que, prescrito un -- "aliquid", en ocasiones habrá habido un abandono de su titular, en otros casos una negligencia por parte del mismo, a veces puede que ni siquiera ni lo uno -- ni lo otro -y sin embargo puede hacer prevalecer la seguridad- etc; cuando fija un plazo de caducidad , buscará normalmente una certeza en las relaciones, - pero nada obsta a que tome en consideración, incluso en primer plano, la negligencia del titular del aliquid (a quien ahora exige una "especial" diligencia), su abandono (impone al titular una pronta actuación) o incluso la facilidad de la prueba -piensese en un plazo de caducidad largo-.

La constatación es inmediata: existe -o puede --- existir- un bloque de razones común a prescripción y caducidad. La diferencia estribará entonces en que, aparte las razones propias de cada instituto (no encontramos ni una sola pero no nos atrevemos a generalizar lo inducido afirmando que todas las razones -- son comunes a ambos institutos), las razones comunes se ordenarán de diverso modo, (v.g. certeza y abandono: si prima lo primero se tratará, normalmente de - caducidad; de prescripción si lo segundo) o, ordenán dose de igual modo, operarán en sentido contrario (v.g.. la negligencia del titular puede dar lugar a un su-- puesto de caducidad cuando, sin ánimo de especial -- certeza, se pretenda de tal titular una "particular" diligencia en su quehacer)

2. UN ELENCO DE RAZONES

2.1. Razones a favor y en contra

Se nos ocurre formular la siguiente lista de razones -numerus apertus- a favor/en contra de la prescripción y/o caducidad:

- Hundert Jahre Unrecht machen nicht ein Jahr Recht
- Impium praesidium
- Seguridad
- Certeza
- Interés público (limitación de los derechos)
- Hecho deviene derecho
- Presunción de abandono
- Negligencia
- Especial referencia en la prescripción adquisitiva al trabajo
- Protección al obligado
- Dificultad de la prueba.

Puesto que de lo que se trata es de "fundamentar" -y no ^{de} "desacreditar"- los institutos en cuestión conviene in limine descartar las dos primeras opciones(7)

La seguridad la entendemos como principio "cierre" respecto a todas las demás (si por ejemplo el legislador estima que es muy probable que en determinado caso exista abandono de su derecho por el titular, la seguridad jugaría elevando a "presunción iuris et

de iure" - utilizamos la fuerza expresiva que no el sentido técnico de tales vocablos- el abandono en -- ese caso concreto).

Certeza la empleamos en el sentido de claridad, de transparencia en las relaciones jurídicas. Conviene recordar que la certeza no es "siempre" el principio de mayor rango cuando de supuestos de caducidad se trata. Valgan dos refutaciones: la posibilidad, - anómala -pero existente- de suspensión de un plazo - de caducidad (art. 955 C de c); la existencia de plazos de caducidad largos (8).

El interés público: verdadero cajón de sastre donde acudir cuando ya no existen otros recursos. A fin de evitar imprecisión en su uso, nosotros lo entendemos como principio que exige una limitación en la vida de los derechos no atendidos (9).

Respecto a que el hecho devenga derecho, baste lo dicho anteriormente sobre la eficiencia o no del --- tiempo en la vida de los derechos (10).

En rigor el abandono -y lo mismo la negligencia- no es sino razón que fundamentalmente motiva la --- creación de un determinado plazo -normal mente de -- prescripción-. Ahora bien, una vez creada la norma, en virtud del principio de seguridad, ésta se independiza de la/s razón/es que le dio origen.

La negligencia no es feudo de la prescripción: --

puede afectar al comienzo de los plazos de caducidad (v.g. art. 136 Cc.) al tiempo que no siempre lo hace al de los plazos de prescripción (art. 1932 Cc. en relación al art. 181, en tanto no se le nombra defensor al desaparecido) ; Por otro lado, transcurrido el plazo, haya habido o no negligencia -del titular o un tercero- la prescripción/caducidad desencadena sus efectos. La diferencia entonces habría de cifrarse en que "normalmente" los plazos de caducidad no se ven afectados en su inicio por la negligencia -y los de prescripción sí- así como en que en el desarrollo de los plazos de caducidad la diligencia exigida es "más" estricta -por cuanto no cabe, normalmente, más acto interruptivo que el ejercicio del derecho a caducar- que en los de prescripción. La regla "vigilantibus et non dormientibus iura succurrunt" puede, en principio, ser aplicada tanto a la prescripción como a la caducidad.

El trabajo en la prescripción adquisitiva bien -- puede explicar la adquisición de un tercero; pero no puede, per se, fundar la pérdida de su derecho por el anterior.

Una mención especial requiere la dificultad de la prueba, sobre ella pensamos:

- Que la apreciación "normalmente" de oficio del supuesto de hecho de la norma que fija una caducidad se apoya, aparte otras consideraciones, en razones

esencialmente prácticas -como pueda ser la poca di
ficultad de la prueba-; esa misma "practicidad", -
aparte siempre otras consideraciones, impide la ac-
tuación de oficio en el supuesto de hecho de una -
norma jurídica que fija un caso de prescripción.

- Que no es estrictamente necesario que la apreciación,
"normalmente" de oficio, de la consecuencia jurídi
ca de la norma que fija una caducidad obedezca ---
siempre a razones de interés público -la determina-
ción del supuesto de hecho y el principio iura ---
novit curia podrían bastar, cuando menos en algu--
nos casos, a explicar tal apreciación de oficio-.
- Que la apreciación de oficio de la consecuencia ju
rídica de la norma que fija una caducidad no impli
ca que nunca la caducidad pueda ser renunciada ---
por ejemplo en el caso del art. 1490, suponiendo -
que sea de caducidad-.

Nos parece que a la hora de exponer nuestro pensa-
miento sobre el tema que nos ocupa procede seguir un
método a la vez de relación y división. Que un deter-
minado derecho ha prescrito/caducado: ¿es un hecho -
notorio, susceptible de dictamen pericial o acaso --
otro tipo de hecho? Se aprecia la necesidad de dis--
tinguir entre:

- . Por una parte, hecho notorio, hecho sujeto a dicta-
men pericial y otros hechos (12)
- . Por otra, supuesto de hecho y consecuencia jurídi-

ca de la norma que fija una caducidad/prescripción.

Continuando ambas distinciones obtenemos:

- Que el supuesto de hecho de la norma que fija un caso de caducidad -y mucho menos el de la que fija una prescripción- no es un hecho notorio (13)

Notoria non egent probatione (y en caso de falseamiento de la realidad nisiquiera han de ser alegados(14)), afirma una máxima de jurisprudencia. -- Aunque en sus efectos los supuestos de caducidad coinciden, cuando menos parcialmente, con los hechos notorios, resulta evidente que los supuestos no son hechos "famosos" (15).

- Que, por lo que a la consecuencia jurídica se refiere, se observará que el juez es un "perito en leyes" (16).

Con lo anterior pretendemos haber demostrado, como no necesariamente en todo caso de caducidad -a fortiori de prescripción- se halla un principio de interés público -en el sentido por nosotros aquí entendido- so pena de desvirtuar el principio del interés público haciéndolo, una vez más, caja de sastre (17) (incluyendo en él la certeza, la dificultad de la prueba, iura novit curia, etc.). Habrá que entrar al caso concreto.

2.2 Un cuadro de razones a favor

He aquí un cuadro sinóptico con ordenación de los

principios operantes a favor de la prescripción extintiva/caducidad.

1	Limitación de la vida de los derechos (L)					4
						Difi--
	1					cultad
	2					de la
	Negli-	Aban-	Certe-	Protec-	Otros	prueba,
2	gencia	dono	za	ción al	(O)	Etc.
	(N)	(A)	(C)	obligado		(D)
	.			(P)		
	.					
	n					
3	Seguridad (S)					

El cuadro lo concebimos del siguiente modo:

- 3 presupone a 2 que a su vez presupone a 1 (lo anterior es condición necesaria de lo posterior). Es de notar que a su vez 1 presupone su reconocimiento en un determinado ordenamiento (18)
- 4 informa en bloque a 1, 2, y 3
- Cada uno de los supuestos de 2 pueden oscilar entre 2,1 y 2,n.

La ordenación es meramente ordinal -pues no hay parámetro fiel que recoja exactamente las oscila--

ciones- y refleja la distinta importancia que a --
cada uno de los factores se atribuye. En función -
de las distintas combinaciones, aunque nunca con -
absoluta precisión, podrá estimarse que se trata -
de un supuesto de prescripción o caducidad. Así, -
por ejemplo, si no opera 3, pero sí 1 y 2, nos ha-
llaremos muy probablemente ante una prescripción -
presuntiva. Si, en otro caso, C tiene gran valor -
- o si un alto P se cambia con un bajo N- probable
mente se tratará de caducidad... (19)

(1) D'Amelio, por ejemplo, (Cit. en ^{DE}TESCHI, "Lineamenti della distinzione fra prescriz. estintiva e decadenza", 1.948, pág. 6) atribuye fundamento "natural" a la prescripción y de exigencias políticas a la caducidad. Nos permitimos señalar:

- Que el derecho natural, atemporal, se contrapone al derecho histórico, temporal, pero no al derecho del caso concreto: Derecho natural y equidad se dan la mano, dicho de otro modo, justicia y seguridad jurídica no tienen por qué considerarse dos mundos separados (MOISSET DE ESPANES, "La lesión en los actos jurídicos", - Argentina, 1.965, Pág. 199 por contra concibe la justicia de modo "acircunstancial" cuando dice que " el derecho, en una constante búsqueda del perfecto equilibrio entre las nociones de justicia y seguridad, fija siempre un plazo -- para el ejercicio de las acciones "...)
- Que aún admitiendo la "naturalidad" de la existencia de los institutos, pueda no ser conforme a derecho natural la concreta regulación de los mismos (el tema está "relacionado" con la distinción escolástica derecho natural mediato e inmediato)
- Que derecho natural -de existir- y ciencia no son interferentes sino complementarios.

- (2) "Sin la prescripción nadie estaría a cubierto de pretensiones sin fundamento o extinguidas de antiguo" (Sent. 13-4-1.956; Vid. también ss. 8-5--1.903, 25-3-1.915, 12-3-1.958, 11-6-1.960 de la Sala Primera del Tribunal Supremo y ss. 15-4----1.980, 18-5-1.982 de la Sala 6ª del Tribunal Supremo).
- (3) Vid. ss. 24-6-1.927; 29-6-1.935; 19-11-1.941 --- 26-10-1.963; 14-4-1.973; 26-4-1.982.
- (4) Vid. ss. 27-4-1.925, 11-6-1.926, 10-4-1.947
- (5) Vid. ss. 22-10-1.918; 1-7-1.936; 19-11-1.941 --- 31-1-1.980. La idea de silencio de la relación jurídica está ya presente en NAENDRUP ("Die Verjährung als Rechtsscheinwirkung", Jheringsjahrbuch, Vol 75, 1.925, pág. 329-330) anudando a su vez la idea de apariencia jurídica tanto a la usucapión como a la prescripción extintiva- : "... für das Vertrauen auf den Rechtsanschein bei der Ersitzung eine widerlegliche Vermutung spricht ...".
- (6) Vid. sent. 25-6-1.962 y también LAVAGNINI, "Certeza dei rapporti giuridici e decadenza", Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, 1.967, pág 72 y ss.
- (7) "Cien años de injusticia no engendran un año de justicia" es un dicho de la Baja Sajonia. Es Jus

tiniano y posteriormente el Derecho Canónico --- quien califica a la prescripción de "impium prae sidium", no obstante aceptarla como mal menor (Vid. Novella 9 de Justiniano, Sent. 13-4-1.956, GIS-- MONDI, Voz "La precrizione estintiva (Diritto Ca nonico)", Noviss. Dig. Ital., XIII, cit., pág. - 653 y ss.)

El mismo orden de consideraciones parecen desplegar Gaio ("bono publico introducte est" Dig. 41,3,1) y Prémeneu ("la plus necessaire a l'ordre social", BIGOT DE PRÉAMENEU, "Exposé de Motifs", Paris 1.804)

(8) Cuatro años en el supuesto del Art. 133 Cc. MUÑOZ ROJAS ("Caducidad ..." Cit. pág. 88) muestra otro supuesto de plazo de caducidad largo: el antiguo art. 138 Cc.

(9) En multitud de ocasiones los autores hacen referencia a este principio denominándolo "orden público"; tal denominación no nos parece acertada, por dos razones:

- Porque difícilmente se conjuga la aceptación - de tal categoría con la posibilidad de aplicar plazos de caducidad -o incluso de prescripción para supuestos de caducidad de nuestras leyes- extranjeros cuando por las normas de conflicto españolas procede aplicar un derecho extranjero.

- Porque, si se parte de una distinción orden público interno-internacional (única forma de salvar el escollo anterior) ¿por qué no considerar que más que orden público es derecho imperativo simplemente de lo que se trata?

- (10) Gropallo se muestra partidario de la fundamentación de la prescripción en una progresiva consolidación de su estado de hecho en derecho (GROPALLO, "Contributi alla teoria generale della prescrizione", 1.930, pág. 31)
- (11) En cierto modo las prescripciones presuntivas - del Art. 2.954 y ss. Cc. italiano no son sino - una manera de evitarle al deudor la guarda indefinita de recibos.
- (12) Dos son las teorías que principalmente concurren a explicar la naturaleza de los hechos notorios: la subjetiva y la objetiva. Para la primera son notorios aquellos hechos conocidos por el hombre medio de un determinado círculo social. La teoría objetiva, por contra, perfila en concepto de notoriedad como aquella "cualidad del hecho que le hace ser conocido pública y seguramente por pertenecer este conocimiento al tipo medio de hombre integrado en un círculo social, dotado de cierta cultura ..." (FENECH, "Proceso penal", Madrid 1.982, pág. 122)
- Ambas teorías distinguen perfectamente el hecho

notorio del conocimiento privado del juez. Ahora bien, la teoría objetiva, pensamos, se acerca más a la "común" idea de notoriedad: ¿En que año tuvo lugar la batalla de las Navas de Tolosa?; sólo la teoría objetiva es capaz de explicar la notoriedad de la fecha.

La teoría objetiva, no obstante, debe ser -- perfilada. No existen hechos intrínseca, objetivamente notorios, sino que, gracias a que determinados elementos cooperan a la difusión de un determinado hecho, éste llega a ser notorio.

Así las cosas ¿Cómo distinguir un hecho notorio de un hecho sujeto a dictamen pericial?. -- Que el Nilo pasa por Egipto es un hecho notorio; la diagnosis de una enfermedad resulta materia de peritos... Parece como si en función del grado de "dificultad" que para el hombre medio supondría adquirir el conocimiento en cuestión, -- hablaremos de hecho notorio --poco grado de dificultad- o de hecho pericial --grave dificultad-. Entre lo que es o no notorio no existe sino una frontera en continuo movimiento --lo que hoy es materia de un dictamen pericial acaso mañana -- sea tema de notoriedad, y viceversa--.

Hecho notorio y hecho sometido a dictamen pericial no abarcan en absoluto la gama completa de hechos. Los testigos, los documentos, etc. -

son medios para sacar a la luz otro tipo de hechos.

Sobre hechos notorios Vid. SERRA, "De la --- prueba ...", cit. pág. 32-36

- (13) Empleamos hecho en el sentido de elemento del - supuesto de hecho (fáctico por tanto) de la norma jurídica de que se trata y no en el sentido de FENECH al decir que la ley es un hecho notorio (FENECH "El proceso ..." cit. pág. 122)
- (14) La aportación de parte consiste en que "la ley asigna a las partes la función de aducir y ---- traer al proceso el material de hecho" (GOMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA, "Derecho", I, Cit. pág. 214)

Respecto al traer al proceso el material ya aducido -prueba- el principio de la aportación de parte representa el autoreconocimiento por parte del propio legislador de la impotencia para organizar una justicia "perfecta" (resultaría excesivamente gravoso, a veces inútil, que la justicia cargara con la parcela probatoria - que las partes por propio interés, en mejor o - peor forma, pueden realizar; a suplir las deficiencias de las partes va encaminado el Art. -- 340 de la LEC)

Aducir -alegar- los hechos base de sus pre-- tensiones, parece por contra, más engarzado con

el principio de libertad. Ahora bien, la libertad de la parte consiste en acotar ~~alegar~~, ~~aducir~~- nunca en falsear, una parcela de la realidad ~~-sometiéndola a la consideración del juez--~~ Cuando se trata de hechos no notorios se comprende ~~-por exigencias de la práctica-~~ que el juez no se halla forzado a investigar hasta qué punto los hechos alegados acotan o falsean la realidad; cuándo de hechos notorios, atar al juez de pies y manos no tiene sentido ~~-caso de falseamiento de la realidad-~~

Por lo dicho nos mostramos un tanto reacios a subsumir el principio de aportación de parte dentro del dispositivo, al que de algún modo -- identificamos con la libertad en el proceso (en contra, ARAGONESES, "Técnica procesal", Madrid, 1.955, pág. 199 quien contrapone principio dispositivo y principio de investigación de oficio, incluyendo el principio de aportación de parte dentro del primero).

Sobre aportación de parte, investigación de oficio y conocimiento privado del juez Vid. JIMENEZ CONDE, "La apreciación..." Cit. pág.19 y ss.

Guasp acomete una demoledora crítica contra la exacerbada amplitud del principio de aportación de parte, pronunciándose por el principio

de investigación de oficio (GUASP, "Juez y hechos en el proceso civil", Barcelona 1.948)

- (15) Sobre la fama o notoriedad Vid. CARAVANTES, "--
"Tratado... sobre la nueva ley de Enjuiciamien-
to", II, Madrid 1.856. pág. 263 y ss.

No es por tanto aplicable a los supuestos de hecho de las normas sobre prescripción/caducidad el régimen legal de los hechos notorios. --
Hasta tal punto los plazos de caducidad no son hechos notorios que v.g. supuesto un plazo convencional de caducidad, difícilmente podrá el juez llegar a tener noticia de él, si no resulta del proceso.

- (16) "Iura novit curia" dice la máxima romana. Y si es cierto que el juez es un perito en derecho, puede tener "lógica" que el juez, de oficio, --
aplique la consecuencia jurídica de la norma -- que fija una caducidad, y también la de la que fija una prescripción, (suponiendo que el material fáctico ya se aportó). El principio de libertad entre otros, sin embargo, puede, o destruir tal "lógica", o, respetándola, subvertirla a posteriori. Dicho con otras palabras:

- El principio de libertad -u otros- puede impedir que el juez, cuando no la pretende la parte, aplique de oficio la consecuencia jurídica de la norma (es el caso de la prescripción,

tal y como viene considerada hay en día en España; nada obstaría sin embargo, teóricamente a que, aportado el material fáctico base para la misma, el juez la aplicara de oficio)

- El principio de libertad -u otros- puede evitar,^{que} aunque sea susceptible la consecuencia jurídica en cuestión de ser aplicada de oficio, esta llegue a producir sus efectos (v.g. allanamiento , renuncia a la caducidad ganada... por supuesto, sólo en los casos en que el individuo es libre de renunciar)

(17) Así se entiende que por ejemplo A. Romano coloque la tutela de intereses netamente públicos - conservación del ordenamiento jurídico- como -- fundamento de la prescripción; la caducidad, -- por contra, tendría fines de certeza, fines externos al derecho -se aplicaría a la mutación - no a la conservación- (ROMANO,A, "Note..." pág. 183-184 y 191). La doctrina, en general, por -- contra, suele anudar a la caducidad la noción - de interés público.

(18) Así, la C.Cassazione III, en sentencia 10-Julio -1973 tuvo que declarar que "l'instituto della - prescrizione è costituzionalmente legittimo", - basándose su visión en la función social de la propiedad -entendida en el sentido más amplio- reconocida en el art. 42 C. italiana.

- (19) Una clasificación de las teorías sobre el fundamento de la prescripción -y por referencia de - la caducidad- puede verse en ALAS, DE BUEN, RAMOS, "De la prescripción extintiva", cit. pág. 58 y ss., quien las clasifica en teorías subjetivas y objetivas.

VI. ORIGENES Y DESARROLLO HISTORICO DE LA PRE- CRIPCION Y CADUCIDAD

No es una mera curiosidad la que nos anima a em--prender este capítulo. Muy al contrario, pretendemos encontrar en la historia de la prescripción y caduci--dad "razones" que solucionen lo cuando menos expli--quen- gran parte de las controversias actuales sobre las mismas.

1. UN PUNTO DE PARTIDA: NO SIEMPRE Y EN TODAS PAR- TES EXISTIO LA PRESCRIPCION EXTINTIVA Y LA CA- DUCIDAD

Ordenamientos jurídicos ha habido que, en térmi--nos generales, no admiten ni una figura ni otra (1). Lo normal -sólo normal- ha sido que, admitida una de las figuras, la otra también resultara -de facto, sin nomen iuris propio- admitida (2).

Por lo que a nuestra órbita continental se refie--re, ha sido la prescripción extintiva la que primero alcanzaría una denominación y regulación legal siste--mática (3). La caducidad, si bien ya hoy en día exis--ten ordenamientos que la regulan de modo muy acabado (4) sigue siendo, en términos generales, una figura técnicamente no definida, al menos en los textos le--gales.

2. TRES EPOCAS EN EL DESARROLLO DE LA PRESCRIPCION EXTINTIVA: ESTUDIO ACCIDENTAL DE LA HISTORIA DE LA CADUCIDAD

2.1 1ª Epoca: la prescripción implica no ejerci-- cio de la acción ...

Sólo dos antecedentes "directos" de la prescrip--
ción extintiva y/o caducidad encontramos en Roma: la
promesa del prefor de que "intra annu*m* iudicium dabo"
(5) y la ley teodosiana de 13-11-424, que fijó en 30
años el plazo de prescripción para todo tipo de ac--
ciones (6).

El término praescriptio, antes del Medievo llegó
a adquirir un significado técnico-jurídico (7). La -
caducidad, por contra, habría de esperar a las pos--
trimerías del siglo XIX para adquirir una cierta ela
boración jurídico-doctrinal.

En la época moderna, Napoleón y el mismo BGB con--
tinuarán la concepción romana de la prescripción (8)
fundada en el ejercicio de la acción.

2.2 2ª Epoca: la prescripción implica buena fe del que prescribe

El derecho canónico, se argumenta normalmente, si
gue la tradición romana (9), pero añade a la prescrip
ción extintiva un nuevo requisito: bona fides (10) -
del que prescribe. Por ello, exige no sólo la recla--
mación sino la comunicación de tal reclamación al --

deudor (11)

Parece que el derecho francés anterior a la Revolución sigue ~~justamente~~ estos principios, aunque con elementos un tanto autónomos (12).

La caducidad, por su parte, sigue sin recibir un tratamiento científico propio. Por otro lado, bien parece que en esta época su ámbito de aplicación sufra un retroceso pues sus exigencias mal se coordinan con la buena fe.

2.3 3ª Epoca: la prescripción implica no reclamación del titular ... contra el favorecido por la prescripción

Con Napoleón los "actes de poursuite", dijimos, - interrumpen el plazo de prescripción no porque provocan buena o mala fe en el demandado, sino porque revelan la intención del acreedor de "ejercitar" su acción. Continuaba la tradición romana.

A raíz, sin embargo, de Napoleón, se va a producir un cambio brutal: algunos códigos, separándose - de la tradición romana, van a entender que las interpolaciones extrajudiciales sí interrumpen el plazo de prescripción. Dicho de otro modo, tales códigos - anudarán la idea de la prescripción no al no ejercicio de la acción, sino a la no reclamación -judicial o extrajudicial- del acreedor.

La caducidad, ahora sí, comenta a tener una impor

tante papel a cumplir: en función de que la reclamación extrajudicial produzca o no efectos interruptivos se comenzará a hablar de prescripción o caducidad - (13) Hasta entonces, la figura de la caducidad no podrá haber sido anudada sino a determinados casos de prescripción de extremado rigor -v.g. porque no se admitiera la interrupción por la minoría de edad, por el reconocimiento del deudor, etc.-, casos siempre "excepcionales" (de hecho en Roma no existió como figura técnica la "caducitas" a no ser referida a los testamentos -en modo alguno a la prescripción -- (14).

Hasta aquí el desarrollo histórico de la prescripción (15). Justiniano, Inocencio III y García Goyena cuando menos en el punto de partida habrían coincidido: la posibilidad de acudir con éxito a la vía judicial debe quedar limitada en el tiempo. Ahora bien, ¿qué es lo que aparte "otras" circunstancias impide siempre que la prescripción se realice?. Simplificando, diríamos que el primero hablaría del ejercicio - de la acción (16) - petición judicial...-; el segundo, de la mala fe del deudor; el tercero, de la reclamación del acreedor contra el deudor. El matiz, llevado a la práctica, implica bastante más que una simple "sutileza".

3. HISTORIA DE LA CADUCIDAD

No resultará pues extraño que a la hora de referirnos a la historia inmediata de la caducidad hayamos de comenzar por el siglo XIX.

3.1 Un punto de partida: GRAWEIN

Con ~~antecedentes~~ ^{anteriores} mejor o peor hallados en Donello, Fick, Demelius (17) y Savigny (18), es en Grawein - en quien entendemos que debe fijarse el punto de partida de la moderna intelección de la caducidad.

No sin oposición (19) la doctrina de Grawein fue abriéndose camino, primero en Alemania (20) y luego en Italia. Desde ella, en época no muy reciente, llegó a España (21)

A Grawein le preocupa ante todo desligar la prescripción de la "Legalbefristung" (22). Para ello parte de una genérica exposición de casos en que un derecho se extingue por el transcurso de un plazo: temporalidad del derecho (Legalbefristung), prescripción extintiva y semejantes, usucapión y semejantes, plazos presuntivos y plazos preclusivos (23).

Respecto a la distinción Verjährung (prescripción extintiva)-Legalbefristung la nota clave será la concepción del derecho en cuestión: si su vida, a priori, está limitada en el tiempo, nos hallaremos ante un caso de Legalbefristung; en caso contrario, en uno de Verjährung. (24).

Dentro de los derechos sometidos a legalbefristung, interesa considerar exclusivamente los de tracto único -v.g. una acción de impugnación- y no los demás (los que no son de tracto único, v.g. ejercicio de la patria potestad), que son los únicos respecto de los que la distinción con la prescripción extintiva plantea dificultades.

La clave para su distinción con la prescripción extintiva será entonces:

- como todo derecho temporal, su duración es forzosamente limitada; no ocurre así con los derechos sujetos a prescripción extintiva.
- Además, en los casos de legalbefristung la inercia del titular del derecho es sólo condición necesaria para que la extinción del derecho se produzca mientras que en los derechos sometidos a Verjährung tal inercia es "causa efficiens" -suficiente y además necesaria- de la muerte del derecho (25).

Fijada la distinción prescripción extintiva-derecho temporal de tracto único, Grawein emprende la tarea de distinguir entre plazos preclusivos y derechos temporales de tracto único. Se diferencian, afirma, porque los plazos preclusivos implican la frustración de un derecho en vías de constituirse y en cambio, los derechos sometidos a legalbefristung de tracto único suponen un derecho ya nacido que se extingue por el transcurso del plazo fijado para su --

existencia (siempre que no hayan sido ejercitados) -- (26).

Sin ánimo de entrar a polemizar sobre la construcción de Grawein (27) y puesto que nos guía por el momento la intención principal de ilustrar los orígenes de la disputa actual sobre qué haya de entenderse por caducidad, pasamos a continuación a examinar la crítica de Rosemberg a Grawein, con la que de algún modo se terminan de fijar los puntos base --- "prácticamente" de toda ulterior construcción.

3.2 La crítica de Rosemberg a Grawein

Su crítica se centrará básicamente en los puntos siguientes:

- a) En los supuestos de legalbefristung, sobre todo -- en los de tracto único, normalmente no existe un término final variable, sino sólo la perpetua amenaza del fin. (28).
- b) En los derechos temporales de tracto único, el no ejercicio de su derecho por el titular es sólo -- condición necesaria --y no causa eficiente-- para -- su extinción por el transcurso del plazo (29)
- c) Aparte de las medidas de seguridad ejecutadas por el titular y el ejercicio del derecho por el mismo, también el reconocimiento del deudor puede interrumpir la prescripción extintiva (30).

Luego, argumenta Rosemberg, si por caducidad entendemos "extinción de un derecho ~~-Recht-~~ o una exigencia ~~-Anspruch-~~ por la llegada de un dies ad quem, fundando esa extinción inmediatamente en el precepto legal y condicionada por el transcurso del plazo y - por el no ejercicio o no ejecución de un acto por el acreedor, o bien por el no reconocimiento del obligado, o la no realización de un suceso dotado por la ley de de eficacia suspensiva"(31); y por prescripción, "extinción de una exigencia ~~-Anspruch-~~ por la llegada de un dies ad quem, fundando ... -todo igual a la caducidad"-(32), nos encontramos con que la única diferencia entre prescripción y caducidad es que la primera se refiere únicamente a Ansprüche y la segunda a todo tipo de Rechte -de los que las Ansprüche son una especie-. Así las cosas, concluye, por esa mínima diferencia, no ha lugar a construir dos figuras distintas. Rosemberg, por tanto, reconduce prescripción y caducidad a la unidad.

A partir de entonces la doctrina discutirá

- a) Si prescripción y caducidad son reconducibles a - una única figura (33)
- b) Caso de no serlo, cuáles fueran sus diferencias.
- c) Supuesto b), cuál sea el contenido de la caducidad.

4. UNA APLICACION CRITICA DEL ORIGEN Y DESARROLLO
HISTORICOS DE LA PRESCRIPCION Y CADUCIDAD A --
LAS LEYES ESPAÑOLAS VIGENTES: LA INTERRUPCION
DE LA PRESCRIPCION

Supuesto lo anterior nos encontramos con que en - España los códigos actualmente vigentes son una viva muestra de una "mala digestión" de la evolución histórica prescripción-caducidad. Lo romano, canónico y moderno se entremezclan y amalgaman, prevaleciendo - unas veces lo romano (v.g. art. 479 LEC y art. 1.947 Cc.), otras lo canónico (art. 435 Cc.en relación al art. 1.951 Vid. Sent. 26-12-1.910:derogación de la - regla "mala fides superveniens non nocet")y otros, - en definitiva, la ligazón de la prescripción extintiva a la no reclamación del acreedor (art. 1.973 Cc.)

El Cc. actual afirma que la "prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los tribunales (34), por reclamación extrajudicial del acreedor..." (art. 1.973 Cc.)

Y bien, visto el art. 1.973 Cc. ¿qué modelo respecto a la prescripción extintiva adopta nuestro Cc? Evidentemente no del todo el romano -pues admite las reclamaciones extrajudiciales-; tampoco exactamente el canónico (pues, como veremos, la Jurisprudencia - al referirse a la prescripción extintiva cifra "predominantemente" su atención en el ejercicio del de-

recho, que no en la buena fe; además el artículo citado habla de ejercicio de la acción refiriéndose a la interrupción del plazo de prescripción, cosa que no casa con la doctrina de los cánones eclesiásticos; parece que es la tercera etapa del desarrollo histórico de la prescripción -basada siempre, cuando menos, en la no reclamación judicial o extrajudicial del -- acreedor- la que se corresponde "predominantemente" con el modelo español (35)

Como todo desarrollo histórico nuestro Cc. además de la razón es fruto de la tradición. "Predominantemente",decimos, el legislador español anuda la prescripción a la reclamación del acreedor contra el deu dor; pero también hay resquicios del articulado donde lo romano y lo canónico parecen asomar. Ello da lugar a "incongruencias". A desvelar tales incongruencias van dedicadas las siguientes líneas. Para ello, supondremos en tres etapas distintas.

- a) Que el legislador español opta plenamente por la concepción moderna: la prescripción implica siempre no reclamación del acreedor... contra el deudor.
- b) Que el legislador español opta plenamente por la concepción canónica: la prescripción siempre implica buena fe por parte del que prescribe
- c) Que el legislador español opta plenamente por la concepción romana: la prescripción implica siempre - no ejercicio de la acción.

Gracias a estos modelos "puros" podrá apreciarse hasta qué punto cada uno de ellos está vigente. Aca- so en una futura reforma convenga "unificar" al menos parcialmente -distinguiendo v.g. entre prescripción - adquisitiva y extintiva- tales criterios.

4.1. 1ª Hipótesis: el legislador español opta ple-
namente por la concepción moderna: la pres-
eripción implica siempre no reclamación del
acreedor.. contra el deudor

Partiendo de que el art. 1.973 engloba todo tipo de reclamaciones (36) resulta incoherente:

- Que, respecto a la usucapión, la interrupción ci- vil se produzca por efecto de la citación judicial hecha al poseedor; lo lógico sería que la interrup- ción se provocase por la mera interposición de la demanda (37)
- Que la demanda presentada ante juez incompetente - no interrumpa el plazo de prescripción.(38)
- Que en todos los supuestos del art. 1.946 la de- manda no produzca efectos interruptivos (39)
- Que la eficacia interruptiva del acto de concilia- ción se anude a la posterior presentación de la de- manda (40)
- Que la eficacia interruptiva de la petición del ac- to de conciliación se anude a la celebración del -

acto (41)

- Que la reconvencción y la oposición de la compensación, per se, no interrumpen el plazo (42)
- Que la demanda "no seria" no interrumpa el plazo de prescripción (43)
- Que la demanda presentada sin las formalidades exigidas no interrumpa (44)
- Que no baste la mera presentación de la papeleta de conciliación para interrumpir (45)
- Que no interrumpen las reclamaciones administrativas (46)
- Que interrumpen el plazo de prescripción los actos de tercero (47) o contra tercero (48)
- Que la incoación de un procedimiento penal, incluso con personación de acusador particular, interrumpa "per se" -sin necesidad de que se ejercite entonces la acción civil- el plazo de prescripción de la acción civil indemnizatoria correlativa (49)
- Que, en general, las reclamaciones extrajudiciales no produzcan efectos interruptivos (50)

Aparte los casos citados -ejercicio de la acción y reclamación extrajudicial- menciona el Código "cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor" (51) como hecho interruptivo.

El art. 1.973 Cc. dada su genérica formulación, -- permite un amplio juego de las interrupciones (52) - de cualquier tipo que sean (53)

4.2. 2ª Hipótesis: el legislador español opta plenamente por la concepción canónica: la prescripción implica siempre buena fe por parte del que prescribe

"Ninguna prescripción vale, si no hay buena fe, no sólo al comienzo de la posesión, sino todo el tiempo de la misma que se requiere para la prescripción" (54)

El Cc. siguiendo la terminología romana y la doctrina canónica subsume bajo una misma denominación - tanto a usucapión como a prescripción extintiva. Esto nos parece acertado (55). Lo que ya no nos parece tan acertado es regular en un mismo título ambos institutos (56).

Ocupándonos ahora de la hipótesis en cuestión nos preguntamos ¿qué consecuencias acarrearía para la regulación actual del Cc. la completa admisión de la genuina doctrina canónica sobre la prescripción?

- La prescripción extintiva exigiría buena fe -y posiblemente justo título-, no sólo al comienzo sino durante todo el desarrollo del plazo (57) para ---prescribir.
- La prescripción adquisitiva extraordinaria del art.

1.959 necesitaría también de buena fe (58)

- Tanto la prescripción adquisitiva como la extintiva exigiría la notificación de la reclamación del --- acreedor para la interrupción del plazo de prescripción (59)
- En la prescripción adquisitiva habría que admitir que todo tipo de reclamaciones, aún las extrajudiciales, siempre que notificadas al deudor, interrumpieran el plazo de prescripción (60)
- El art. 1.946 habría de desaparecer
- Todo tipo de prescripción, en particular las adquisitivas, exigirían buena fe a lo largo del plazo (61)
- El reconocimiento del deudor, aún cuando no hecho al acreedor, interrumpiría.

4.3. 3ª Hipótesis: el legislador español opta plenamente por la concepción romana: la prescripción implica siempre no ejercicio de la acción

Suponiendo que se optara por la "tradición" romana -que no por su espíritu- ocurriría:

- Que el art. 1.945 Cc. habría de desaparecer (62)
- Que el art. 1.946, cuando menos en su número 2, habría de no surtir efecto por lo menos respecto a -

la prescripción extintiva (63)

- Que la reclamación extrajudicial, sui generis, dejaría de surtir efectos interruptivos (64)

Pero si en vez de la tradición consideráramos el espíritu del derecho romano las alteraciones, entendemos, serían aún mayores (65)

4.4. Recapitulación: el legislador español adopta un criterio mixto romano-canónico-moderno respecto a la prescripción

Predomina, por resultar nuestro Cc. copia del francés, la tradición -que no el espíritu romano- en --- nuestros textos sobre la prescripción; también lo canónico hace su asomo -en la exigencia de buena fe -- continuada durante el plazo de prescripción ordinaria- y, como no, lo moderno -la reclamación extrajudicial, referida muy posiblemente sólo a los dere--- chos de crédito por el legislador-.

En principio, no encontramos problema en la adopción de un criterio mixto -con acogimiento incluso - de otros principios como pudiera ser la dificultad de la prueba, etc - . El problema surge, cuando por motivos de tradición la conmixción resulta en parte -- "irracional, ilógica" (66). Tradición y razón pueden, hasta cierto punto, hacerse coincidir (refun--- diendo en una misma figura v.g. criterios romanos y canónicos). Pero hay un tope a partir del cual la re

fundición resulta ya "incoherente". Al legislador to
ca, pasado este tope, pronunciarse entre razón o tra
dición. Hoy por hoy, domina la tradición.

Personalmente nos mostramos partidarios de, hasta
el tope en cuestión, aceptar la tradición. A partir
del mismo, entendemos, debe primarse la razón.

- (1) Así, por ejemplo, El Fuero Viejo, Ley 17, tit. IV libro III, para nada se refiere a ellas:

"Si un ome demanda debda a otro ome, e dis -- aquél a quien demanda, que verdat era, que gela debiera aquella debda, e gela a pagado ... si -- aquel probare que pagò, deve levar suo auer, e - suos pegnos, e si non lo puede probar, deve ju-- rar el otro que demandaba la debda, que non es - pagado, e deve levar el auer e los peños".

Así tampoco el primitivo derecho romano los - conoció pues "dem ältesten römischen Rechte war die Verjährung unbekannt: Das Civilrecht hatte - nur actiones perpetuae" (CLAUSEN, "Inwieweit --- schliessen gegen die Forderung bestehenden Ein-- reden die Verjährung aus nach gemeinem Rechte -- und nach BGB" 1.902 pág. 5)

Por lo que a la usucapión se refiere piénsese que en China no fue conocida hasta 1.930 (DE CASTRO, "Temas de derecho civil", Madrid 1.976, pág 146 nota única)

- (2) Vid. MODICA, "Teoría ..." Cit. pág. 91 y ss.
- (3) Por supuesto, que aún regulado, el régimen de la prescripción ha variado muchísimo a lo largo del tiempo y el espacio. Así el "Recognoverunt Proceres", apartándose del Ius Commune, ordena:

"Item quod omnis actio personalis, vel realis,

quae de iure communi debet tolli decem, vel viginti annis, extenditur usque ad triginta annos excepta hypothecaria ..." (Rub. XLIV, De prescriptione).

- (4) El Cc. Ital. le dedica los Arts. 2.964 al 2.968
- (5) Se discute si la figura de la caducidad, aparte el texto mencionado, se halla recogida en otros casos. SCHWALBACH (Verjährung und gesetzliche Befristung" Iheringsjahrbücher, 20, pág 272 y ss) critica la postura de Grwein, quien afirma que la caducidad no existió en Roma.
- (6) "Quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum iugi silentio, ex quo competere iure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem ... In eadem rationem illis procul dubio recasuris, quae post litem contestatam in iudicium actione deducta, habitoque inter partes de negotio principali conflictu triginta denuo annorum devoluto curriculo tradita oblivioni et diuturno silentio comprobantur" (C.Th. 4, 14, 1, 1).

Resulta curioso observar como para Teodosio - el abandono de la instancia judicial no echa abajo el efecto interruptivo provocado por la litis contestatio.

Justiniano, siguiendo esta línea, llega a decir:

"Non triginta sed quadraginta annos esse expectandos, ex quo novissimum litigatores tacuerunt, nostra lex antea promulgavit" (CI. 7, 40, 1, 1e), lo que resulta un tanto ilógico si se tiene en cuenta que el actor que vencía en juicio estaba sujeto a la prescripción trienal (obsérvese que para Justiniano la prescripción queda interrumpida, en caso de abandono de la instancia, hasta el último acto realizado en el juicio).

(7) "Praescriptiones autem appellatas esse ab eo quod ante formulas praescribuntur, plus quam manifestum est" (Gaio, 4, 132, 133). En un comienzo, pues las prescripciones no fueron sino "anotaciones -- previas a la fórmula", existían dos tipos de prescripciones:

- Praescriptiones pro actore, cuya finalidad era delimitar la zona de derechos del demandante -- que iba a verse afectada por los efectos consumtivos de la litiscontestatio. Dice WALSSAK: "Wollte zB A^S A^S die Konsumption des eingeklappten Obligation auf die fällig gewordenen Ansprüche beschränken, so erklärte er, indem er dem - Gegner die von Beamten zugelassene Streitsvorschrift förmlich edierte oder diktierte: ea res. ... soll nur insoweit Gegenstand unserer Streitbefestigung ~~...~~" ("Praescriptio und bedingter Prozess", Zeitschrift der Savignystiftung für R.

Rom. Abt., 33 pág 102)

- Praescriptiones pro reo v.g. la praescriptio - longi temporis (especie de "usucapión creada por el pretor", según algunos. de origen ático) (Vid. BISCARDI, "Giudici Paragrafici" Nov. Dig. Ital., VIII, cit. pág. 880)

Sobre el trasvase denegatio actionis, praescriptio, exceptio, Vid. BETTI, "Instituzioni di Diritto Romano", I, Padova 1.942, pág. 290 y ss.

Aparte otro tipo de consideraciones, una cosa está clara, la praescriptio comenzó siendo una pre-usucapión y terminó en época de Justiniano refiriéndose exclusivamente a lo que hoy llamaríamos prescripción extintiva o usucapión. La caducidad, por contra, no encuentra en Justiniano -ni tampoco en la doctrina de los commune- un significado jurídico preciso, a no ser en cuestión de testamentos.

Sobre la evolución del término praescriptio en Roma Vid. CORSALE "Prescripción extintiva (Storia del Diritto)" Nov. Dig. Ital. XIII, cit. pág. 640 y ss.; CANNATA, "Eccezione (dir romano)" Nov. Dig. Ital. VI, cit. pag. 346 y ss.

- (8) El continuismo napoleónico respecto a la tradición romana, en este punto, parece ser casi perfecto:

- Se repiten los mismos "errores": "une citation en justice ... signifie ... forme l'interruption civile" (Art. 2.244 Cc.) y "la citation - ^{conciliation interrompt la prescription} en lorsqu'elle est suivie d'une assignation en justice..." (Art. 2.245 Cc.) no son sino la -- translación al campo moderno de las dudas romanas sobre si basta la mera presentación de la demanda ("Nec sufficiat ... in iudicio allegasse ... nisi ... fuerit subsecuta per executionem conventio", Codex VII, 39, 3, 1) o es necesaria la notificación de tal demanda ("... Interruptio per conventionem introducta...", Codex, VII, 39, 7, 5) para la interrupción del - plazo de prescripción. En Roma tal duda - aunque irracional - se entiende por el predominio de - la tradición - la litiscontestatio - sobre la razón; en Francia, nuevamente, se trata de una - vacilación entre tradición y razón.

- No se admiten las interpelaciones extrajudiciales (Vid. Art. 2.244 y ss. Cc.) pues se piensa no en la reclamación del acreedor, sino en el ejercicio de la acción - petición ante el juez - como fundamento de la prescripción.

Lo mismo ocurre actualmente en Alemania --- (Vid. CASTAN, "Derecho ..." cit. pág. 848)

- El reconocimiento del deudor, hecho al acreedor incluso sin preceder una solicitud del mis

mo, interrumpe el plazo de prescripción. Po---
thier llega incluso a decir que tal reconoci---
miento interrumpe el plazo de prescripción. --
"Soit que cet acte soit passé avec le créan---
cier, soit qu'il soit passé sans lui" (BUGNET,
"Oeuvres de Pothier", Paris, 1.848, 2, pág.380)
Vid. también Codex VII, 39, 7, 5) pues según -
el art. 2248 Cc. "la prescription est interrom
pe par la reconnaissance que la débiteur fait
du droit de celui contre lequel il prescrivait"

- (9) Así como Justiniano califica a la prescripción -
de "impium praesidium", también los canonistas -
ven en ella un mal menor: "Legis institutio fit
.. iure et non iuste, ut in usucapionibus et ---
praescriptionibus, in quibus quaedam faveri vide
tur iniquitas, sed tamen toleratur ut evitetur -
intolerabilis incomoditas: scilicet, ne semper--
rerum dominia sint in incerto" (Petri Blasensis
Opusculum... cit. en ORIANI, "Processo di..." --
cit. pág. 94-95)
- (10) En la mala fe hay pecado y el pecado no se pue-
de favorecer: "Quoniam omne, quod non est ex --
fide, peccatum est, synodali iudicio diffinimus,
ut nulla valeat abique bona fide praescriptio"
(Decretal "Quoniam omne" de Inocencio III) Vid.
GISMONDI, "La prescrizione estintiva nel diri--
tto canonico, Roma, 1940, pág. 134 ss; MIRABELLI

"Della prescrizione", Napoli, 1915, pág. 20 ss;
DIEZ-PICAZO, "En torno al concepto de prescrip-
ción", ADC, XVI, 4 (1963) pág, 971 ss. Sobre el
reflejo actual de tal doctrina Vid. GOMEZ- ACE-
BO, "La buena y la mala fe: su encuadramiento
en la teoría general del derecho y su eficacia
en el Cc", RD Priv. 1952, pág. 101 ss, 192 ss.

- (11) De aquí nos parece que arranca la conciencia, -
muy arraigada aún hoy en día, de que sólo la co-
municación al demandado de la demanda interpues-
ta tiene efectos interruptivos de la prescrip-
ción (la anudación de la interrupción a la li-
tiscontestatio, aunque de fuerte vigencia histó-
rica, resultaría hoy por hoy "irracional"). Es
lógico que visto desde este punto de vista la -
prescripción pueda también interrumpirse por --
una citación hecha ante juez competente:

"Tale quid sit expressum coram iudice incom-
petenti, quod constituat adversarium in mala --
fide, ut quia pars informavit in facto conscien-
tiam suam, vel tale quid expresit quod informa-
re debuit" (Baldo, Cit. en ORIANI, "Processo di
...", cit. pág. 96).

O incluso por una denuntiatio extraiudicialis:
"quando iudicet seu inducere debet malam fidem,
informando conscientiam partis in facto puta --
per ostensionem iurium suorum" (Baldo, ibidem,

pág. 97). Vid. GISMONDI, "La prescrizione es--
tintiva (dir. canon.)" Nov. Dig. Ital. XII Cit.
pág. 653 ss; MIER VELEZ, "Buena fe y costumbre
hasta S. XV", Pamplona, 1968.

- (12) Así "les interpellations extrajudiciaires, no in-
terrumpen normalmente el plazo de prescripción,
"parce qu'elles ne suffissent pas pour causer --
la mauvaise foi"; se admite sin embargo que a --
veces "un simple acte extrajudiciaire, quoique
non suivi d'assignation constitutoit évidemment
le détenteur en mauvaise foi, en lui faisant --
connaître que la chose qu'il possède ne lui --
appartient point" (Desjardins, "Etude histori--
que sur les causes d'interruption de la pres---
cription..." Cit. en ORIANI, "Processo di..." -
pag. 97).
- (13) No en vano uno de los primeros códigos que regu-
la típicamente la figura de la caducidad, el Cc.
italiano admite que "La prescrizione è inoltre
interrotta da ogni altro atto che valga a costi-
tuire in mora il debitore" (art. 2943 Cc) mien-
tras que a la decadenza "non si applicano le --
norme relative all'interruzione della prescri-
zione" (art. 2964 Cc). Nos preguntamos: si su-
primieramos el párrafo citado del artículo 2943
del Cc. ital. ¿tendría sentido una regulación
separada de prescripción y caducidad?. Observa-

mos:

- que si bien en términos generales el inicio - del plazo de prescripción se funda en razones subjetivas (art. 2935 Cc). no se afirma para - todo caso de caducidad lo contrario.
- que tanto la prescripción como la caducidad - pueden suspenderse (art. 2941 y ss y art. --- 2964 Cc)
- que tanto respecto a la prescripción como a - la caducidad el reconocimiento del deudor in- terrumpe su plazo (art. 2944 Cc y 2966 Cc.)
- Que si bien la prescripción nunca es releva-- ble de oficio, no siempre ocurre lo contrario en la caducidad (Art. 2.938 y 2.969 Cc)
- Que caso de que no se llegue a dictar una sen- tencia de fondo, el efecto "interruptivo" se mantiene tanto en la prescripción (Art. 2.945 Cc.) como en la caducidad (Art. 2.967 Cc.: -- "Nei casi in cui la decadenza è impedita, il diritto rimane soggetto alle disposizioni che regolano la prescrizione"; lo cual resulta mu cho más lógico que la actual "ficción" españo la de v.g. el Art. 1.946 Cc. esp.)

La respuesta es inmediata: no. Entre pres--- cripción y caducidad, en tal caso, sólo podrían encontrarse diferencias del tipo "en general, a grosso modo, normalmente..." pero ninguna tajan- te. Esperemos que esto llegue a explicar por --

qué los romanos no conocieron la figura de la -
'caducitas' -los supuestos que, en su época, se -
apartaban de la "regla general" eran mirados --
más como excepción que como bloque unitario en-
frentado a la par a la regla general-

Una última observación ciertamente curiosa,
hará comprender los orígenes de la construcción
de la figura "caducidad": los primeros artífices
de tal construcción, paradójicamente, van a apo-
yarse en la doctrina del Ius commune -que sí re-
conocía la reclamación extrajudicial, pero no -
precisamente porque estuviera pensando en la re-
clamación del acreedor como fundamento de la --
prescripción sino por influencia de la doctrina
canonista de la buena fe- para "delimitar" pres-
cripción/caducidad.

(14) "Glans caduca est, quae ex arbore cecidit" (Dig.
l. 16, 30, 4). En lo demás, suele hablarse de "
"caducum" referido a los testamentos relacionan-
do el término en ocasiones con la incapacidad -
de suceder,...

- "Sed et ipsis testamentorum conditoribus sic
gravissima caducorum observatio visa est, ut
substitut^oiones introducerent, vias reducentes
quas lex Papia posuit in caducis; quod et nos
fieri concedimus (Codex VI, II "De caducis to-
llendis", 1).

- "... vel ipsum relictum exspirabat, forte quadam conditione, sub qua relictum erat, defi--
ciente, quod veteres appellabant in "causa ca-
duci"; vel mortuo iam testatore hoc, quod re-
lictum est, deficiebat, quod aperta voce "ca-
ducum" nuncupabatur" (Codex VI,LI,1, 2).

Sobre el tema Vid. IGLESIAS, "Derecho ..."
cit. pág. 612 y ss.; PAULYS REAL ENCYCLOPADIE
DER CLASSISCHEN ALTERTUMSWISSENSCHAFT, Band -
III, Stuttgart, 1, pág. 685-686

(15) Sobre historia de la prescripción en general --
Vid. ALLAS, DE BUEN, RAMOS, "De la prescripción"
cit. pág. 30 y ss.; DIEZ PICAZO "En torno al .."
pág. 971-977.

(16) Separemos ab initio prescripción adquisitiva --
(a la que denominaremos usucapión)

Tomaremos como punto de partida las siguientes
observaciones:

- A) La prescripción extintiva romana se interrumpía mediante constitutum, reconocimiento de la deuda, pago de interés, formación de un nuevo recibo, "ejercicio" judicial de la acción, etc. (Vid. IGLESIAS, "Derecho Romano, Barcelona, 1.965 pág. 179)
- B) La praescriptio longi temporis y la usucapio se corresponden con la actual usucapión
La praescriptio longissime temporis, en --

Justiniano, se corresponde en parte con la usucapión y en otra parte con la "prescripción extintiva" (Vid. ARIAS RAMOS, " Derecho ...", I, pág. 255). Nos centramos exclusivamente en la praescriptio longissime temporis en la parte de la misma que a la "prescripción extintiva" se refiere (Abandonamos concretamente la praescriptio longi temporis respecto de la cual fácilmente se habla de interrupción, bien de la posesión, bien del tiempo Vid. Codex 33, 1 y Codex 39, 6 -"interpellatio"-, Codex 33, 2 -inquietudo litis"-)

- C) "Quae ergo ante non motae sunt actiones, - triginta annorum iugi silentio, ex quo competere iure coeperunt, vivendi ulteris non habeant facultatem. Nec sufficiat precibus oblatis speciale quodam, licet per annotationem, promeruisse responsum, vel etiam - in iudiciis allegasse, nisi, allegato sacro rescripto aut in iudicio postulatione deposita, fuerit subsecuta per executorem conventio; non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem deferenda, sed pupillari aetate duntaxat, -- quanius sub tutoris defensione consistat, huic eximenda santine..." (Codex VII,39, 3, 1)

- D) (Se refiere a la actio hypothecaria) "... si non interruptum erit silentium, ut lege cautum est, id est etiam per solam conventionem aut si aetas impubes excipienda monstretur". ... (Codex VII, 39, 7, Justinus A. Archelao P.P.) ... "Quamobrem iubemus, hypothecarum -- persecutionem... non ultra quadraginta annos, ex quo competere caepit, prorogari, nisi conventio aut aetas, sicut dictum est..." (Codex VII, 39, 7, 1).
- E) "... si quis eorum, quibus aliquid debetur, res sibi suppositas sine violentia tenuerit per hanc detentionem interruptio sit praeteriti temporis, si minus effluxit triginta -- vel quadraginta annis, et multo magis, quam si esset interruptio per conventionem introducta, quum litis contestationem imitatur ea detentio. Sed et si quis debitorem ad agnoscendum suum debitum secundam cautionem in -- creditorem exposuerit, tempora mensuratorum -- praescriptionem interrupta esse videbuntur -- quantum ad priorem cautionem pertinet, quae scilicet innovata permansit... Namque improbum est, debitorem hunc contradicere, qui ne sub accusatione morae debitoris fiat, secundam in eum super eodem debito cautionem exposuit (Codex VII, 39, 7, 5)

F) "Exceptionem etiam triginta vel quadraginta annorum in illis contractibus, in quibus usu rae promissae sunt, ex illo tempore initium capere sancimus, ex quo debitor usuras minime persolvit (Codex VII, 39, 8, 4)

De acuerdo con los antecedentes podemos concluir:

- Que evidentemente lo que en Roma prescribe ex tintivamente son las acciones.
- Que normalmente la interrupción del plazo de prescripción se anuda no a la presentación de la petición del demandante en el juzgado, sino más bien a la notificación de tal petición (Así por ejemplo, en D; en C, por contra, parece que basta la mera presentación de la deman da, siempre que sea seguida de la citación -- - notificación-). En un comienzo podrá haber ocurrido que la interrupción se hubiese anuda do a la litis contestatio (Vid. E). Sobre el término conventio -citación o notificación, según lo hemos traducido-Vid. ARIAS RAMOS, "Derecho ...", I, pág. 164 y ss.)
- Preocupa al legislador romano que las acciones no vivan eternamente; guiado por ese afán --- -restringe "en lo posible" la facultad de ac- cionar una vez pasado el tiempo que para la - prescripción marca- Así:

- . La citación a juicio del deudor interrumpe el plazo de prescripción (obsérvese que nunca -- afirma el legislador romano que tal citación coincida con el ejercicio de la acción; son -- motivos históricos los que, le llevan a fijar en la citación, y no en la presentación de la demanda - como sería más "lógico"- la inte---rrupción del plazo de prescripción).
- . La menor edad también "interrumpe" la pres---cripción -hoy hablaríamos de suspensión- El -- romano busca la seguridad, si, pero no hasta el punto de hacerla chocar con la 'probitas', - con la equidad (Vid. D).
- . Las demás causas de interrupción (pago de intereses -F- , reconocimiento de la deuda, recuperación pacífica de la cosa debida por el acreedor y vuelta a perderla -E-) también interrumpen el tiempo de prescripción. Ahora -- bien, son mirados por el romano -lo mismo que la minoría de edad- como excepciones pensadas para casos muy concretos

El romano, al establecer un plazo para la -- prescripción, está pensando en que sólo el ejercicio de la acción impide que la prescripción -- llegue a consumarse. Pero el romano es hombre -- práctico. Así, guiado por razones de "utilitas"

excepcionalmente -nunca a la par que el ejercicio de la acción- admite que en determinados su puestos el plazo en cuestión se interrumpa -minoría de edad, cobro de intereses, reconocimiento del deudor, etc.-. Hasta tal punto no considera estos casos excepcionales con propia independencia que o bien intenta asimilarlos a la regla general ("litiscontestationem imitatur ea -detentio, E; initium capere ... ex quo ...usu--ras minime resolvit, F en relación a "ex quo iure coeperunt", regla general mostrada en C) o -los admite por razones de equidad (improbum est ...", E) o bien en último caso, no los admite -("non sexus fragilitate, non absentia ... sed -puellari aetate", C).

- (17) Donello distingue acciones temporales y acciones perpetuae ("Commentarii iuris civilis", lib. XVI, cap. VIII § 21 y 22): las primeras, diríamos hoy en día, se hallarían sometidas a caducidad -ipso iure, al terminar el plazo de su existencia, se extinguen-; las segundas, por contra se referirían a la prescripción -pues tendrían -duración indefinida- (Vid. DE CASTRO, "Emas ..." cit. pág. 172). Para un más profundo examen de la doctrina de Donello y también de Fick y Demelius vid. SCHWALBACH, "Verjährung ..." cit. -pág. 267 y ss.

- (18) MODICA ("Teoría ..." cit. pág. 156) Atribuye a Savigny el punto de partida de la nueva figura Idem SANTORO-PASSARELLI ("Prescrizione e decadenza" Riv. Dir. Civ. 1.926, pág558) quien además de a Savigny cita a Zachariae.
- (19) La doctrina de ~~G~~rawein suscitó oposición en Mer-
lin, Hasenhär, Hölder, Tissier, Bastin, etc. ---
(Vid. SANTORO-PASSARELLI, ibidem, pág 559).
- (20) Su doctrina es tratada y en parte aceptada en -
WEISS, "Verjährung und gesetzliche Befristung -
nach dem Bürgerlichen Rechte des deutschen ----
Reichs", München 1.905; SAHM, "Die aussergericht-
liche Gentendmachung des Verjährungsainrede", -
Iheringsjahrbücher, 49, 1905, pág 59 y ss.; ---
SCHWALBACH, ibidem pág 265-284; REUTER, "Über -
die Berechtigung des Gegensatzes Verjährung und
gesetzliche Befristung nach dem burg. Recht des
deutschen Reichs", 1904; HERMANN, "Civilrechtli-
che Fristen und Verjährungen des deutschen Reichs
gesetze", 1.900; WEBER, "Unterschied von Verjäh-
rung Befristung", 1.898; NAENDRUP, "Die ..." Op.
cit.
- (21) En 1.940, aunque de forma un tanto imprecisa, -
la jurisprudencia habla de la caducidad (Ss. --
24- 4- 1.940, 30-4-1.940)
- (22) Tiene sentido que en un comienzo así fuera; lo
que ya no resulta tan lógico es que aún hoy en

día la doctrina siga preocupada no tanto por co
nocer lo que la caducidad es en sí misma como -
por deslindarla de las demás figuras, sobre to-
do de la prescripción (ROMANO, A "Note...", cit.
pág. 174, 189)

(23) "Die mannigfachen Fälle, wo nach Ablauf einer -
gesetzlichen Frist ein Recht untergeht, reprä-
sentiren nicht ein einheitliches, sondern von --
einander wesentlich verschiedene juristische ---
Phänomene:

1. Die Rechtstemporalität oder Legalbefristung
Die Zeit als Mass für die Dauer der Wirkungen
einer rechtserzeugenden Thatsache.
2. Die Verjährung und verwandte Erscheinungen.-
Die Zeit als Mass für den Umfang einer, in -
zeitlicher Ausdehnung sich vollziehenden, -
rechtsvernichtenden Thatsache.
3. Die Erstzugung und verwandte Erscheinungen.
Die Zeit als Mass für den Umfang einer, in -
zeitlicher Ausdehnung sich vollziehenden, -
rechtsbegründenden Thatsache, deren Wirkun--
gen ein älteres Recht in Wege der Collision
verdrängen.
4. Die Vermuthungsfristen. Die Zeit als Mass -
für die Dauer eines Thatbestandes, welcher
die Grundlage bildet für die Präsumtion der

Aufhebung eines Rechtes.

5. Die materiellrechtlichen Präklusivfristen. - Die Zeit als Mass für die Dauer der Möglichkeit, einen Akt mit juristischer Wirkung ---- vorzunehmen".

(GRAWEIN, "Verjährung und gesetzliche Befristung" Eine civilistische... Leipzig, 1.880 pág. 55).

Del texto transcrito interesa destacar que tal y como resulta formulada la figura de la Legalbefristung no va a ser ésta sino una porción de la misma (los derechos temporales de tracto único) el antecedente directo de la caducidad. Por otro lado, resulta más que dudosa la inclusión de los Vermuthungsfristen como -- causas de "extinción" de los derechos.

- (24) Los derechos sometidos a Legalbefristung, llegado el momento, se consumen, disuelven (Erlös--- chen); los derechos sometidos a prescripción ex tintiva, en cambio, necesitan ser abolidos, hechos caer (Aufgehobenwerden). La causa de la ex tinción de un derecho temporal no está fuera de él sino en el mismo, en su carencia de fuerza - para sobrevivir a un dies fatalis; los derechos no temporales, por contra, necesitan para su ex tinción de un aliquid externo a ellos.

Observese que el argumento distintivo en --- principio es correcto siempre que la separación Erlöschen-Aufgehobenwerden se refiera a una determinada concepción, v.g. la del legislador, a fin de no caer en "misticismos": no hay dere--- chos, per se, temporales -o no temporales.

En general, "wie viel Frist, so viel Recht" (GRAW EIN, ibidem § 2,I)

- (25) GRAW EIN, ibidem, pág. 57; en idéntico sentido - WEISS, "Verjährung..." cit. pag. 15.

El argumento se repite al distinguir entre - inercia del titular en la prescripción extintiva (inactividad) y en la Legalbefristung en cues-- tión (no ejercicio): la "inactividad" del titu-- lar no se refiere sólo al ejercicio de la exi-- gencia misma sino también a la ejecución de cier-- tas medidas de seguridad -causas de interrup-- ción- capaces de conservar la exigencia más allá del plazo de la prescripción -a pesar de su con-- tinuado no ejercicio- ; la inercia del titular en las Legalbefristungen de tracto único, se - refiere exclusivamente al no ejercicio de la exi-- gencia misma.

El argumento de GRAW EIN es, dentro de su con-- cepción, absolutamente coherente: un derecho tem-- poral se extingue en último caso -pero no siem-- pre- cuando llega el dies a quo fijado, tanto -

si se trata de un derecho de tracto no único -- como de un derecho de tracto único (en este ^{ultimo} caso aparte de la extinción del derecho por el transcurso del plazo, cabría como hemos visto, la -- extinción por su ejercicio: su no ejercicio opera como condición necesaria de su extinción por el transcurso del tiempo).

(26) GRAWEIN, ibidem, 22 yss.

(27) Por lo que se refiere a la distinción Legalbefristung-Verjährung- Präklusivfristen la teoría de Grawein es, "logicamente hablando", casi perfecta. Fuera de la lógica, sin embargo, presenta dos problemas: a) que no se adecúa a la realidad b) que los conceptos sobre los que se apoya resultan en sus límites indeterminados -v.g. el acto de retraer: ¿es el ejercicio de un derecho o un medio de adquirirlo?- . Fundamentalmente al punto a) irá dirigida la crítica de Rosenberg.

(28) Dicho de otro modo: Grawein concibe los derechos sometidos a Legalbefristung como derechos sujetos a un término -" certus an et quando"- resolutorio; Rosenberg por contra observa que - el término resolutorio es del tipo certus an -- "incertus" quando (lo dicho no se corresponde exactamente con el pensamiento de Rosenberg: si con el de Grawein.- pero resulta ilustrativo;

lo que en todo caso es claro es que Rosemberg - no concibe los derechos temporales como sometidos a término resolutorio del tipo "certus an - et quando").

(29) Así como por ejemplo, la extinción del derecho temporal de tracto único pasado el plazo legal puede depender, además de su no ejercicio por - el titular:

- de la no ejecución por el titular de determinado acto (no su ejercicio) previsto en la -- ley).
- de la no aparición de un suceso dotado por la ley de eficacia suspensiva.
- de su no reconocimiento por el obligado.

Todas estas son condiciones necesarias, pero no suficientes -cada una por separado- para que el derecho se extinga, una vez cumplido el plazo (idem, ALAS- DE BUEN- RAMOS, "De la pres--- cripción..." cit. pág. 77)

(30) Vid. SCHWALBACH, "Verjährung..." cit. pág. 281 y ss.

(31) Grawein habría definido la caducidad -empleando las palabras de Rosemberg- como "extinción de - un Recht o una Anspruch por la llegada de un -- dies ad quem, fundando esa extinción inmediata- mente en el precepto legal y condicionada por - el transcurso del plazo y por el no ejercicio -

de su derecho por el acreedor" (obsérvese que - nos referimos a la caducidad, o sea, a los derechos temporales de tracto único).

- (32) Grawein la habría definido como "extinción de - un derecho por la llegada de un dies ad quem, - fundando esa extinción inmediatamente en el precepto legal y condicionada por el transcurso -- del plazo y el no ejercicio o no ejecución de - un acto por el acreedor. De hecho la definió como " Aufhebung eines Anspruchs infolger der --- während eines gewissen Zeitraumes untergebliebenen Vornahme jener Akte, welche die Rechtsordnung als Unterbrechungsgründe der Verjährung - bereichnet" (GRAWEIN, ibidem, pág 55)
- (33) El mismo Puchta había afirmado que la prescripción es un nombre colectivo arbitrario para --- instituciones de derecho totalmente distintas.
- (34) No toda reclamación judicial, aún fundada, constituye ejercicio de la acción (Vid. "Ejercicio de la acción" en Cap. II; pues no hay derecho - al abuso); basta para ello v.g. que la demanda no contenga todos los requisitos que la ley exige.
- (35) La Partida 3, 29, 29 admitía la interrupción -- del plazo de prescripción en los créditos si el acreedor reclamaba al deudor delante de los amigos. Parece que lo que preocupaba a Alfonso X -

era la "publicidad" respecto a la reclamación. Tal pensamiento sin embargo, no es imputable al legislador de 1.889. Por una razón: no se han restringido los casos de interrupción extrajudicial a los supuestos de pública reclamación -ni siquiera a los casos en general en que "presuntivamente" más fácil resultara la prueba-

Así, lo que para Alfonso X el Sabio parece - que había de ser excepción a la regla -y en ese sentido continua la tradición romana- para García Goyena deviene regla general: todo tipo de reclamaciones judiciales, sin distinciones, interrumpen el plazo de prescripción.

(36) Así, ALBADALEJO, "La interrupción de la prescripción extintiva civil por acto de conciliación no seguida de demanda" RGLJ. Nov. 1.967, -pág. 725, quien afirma: " No se trata ... de -- que el Art. 1.973 separe dos campos sino que en globa todas las reclamaciones (y reconocimientos) posibles dentro de dos extremos". Así lo -estiman las sent. 27-Jun-1.928; 9-11-1.954 ---- ("aparentemente" en contra sent. 19-11-1.941 y 22-Abr-1.946).

(37) Vimos como en los textos romanos y también en - el Cc. francés, debido a la tradición -pero en contra de la razón- se optó normalmente por tal postura. Lo que en el fòndo del tema subyace es

a) un "acoplamiento" del concepto litiscontestatio al procedimiento de la extraordinaria cognitio; b) Una cierta pervivencia, motivada por lo anterior, de la concepción arcaica de la actio.

Al estudiar la actio arcaica romana observamos como la litiscontestatio venía en un comienzo a significar un compromiso entre guerreros a fin de, abandonando sus lanzas, resolver sus -- disputas en "contienda puramente verbal". Si a partir de tal compromiso cualquiera de los guerreros en cuestión volvía a coger su lanza su actuación sería ya ilícita. Así se explicaba el fenómeno consuntivo de la litiscontestatio. --- Pues bien, este concepto de litiscontestatio, a través de la época clásica, llega al procedi--- miento de la extraordinaria cognitio (recorde-- mos como para entonces el concepto de actio había sufrido una profunda transformación: de actividad a fórmula; de fórmula a poder ...), y -- es ahí donde el "desencaje" aparece:

- La litiscontestatio ha perdido su originaria significación (a parte la fusión de las fases in iure-apud iudicem, nadie tiene por qué aceptar la contienda judicial para que ésta tenga lugar).
- La actio, por su parte, también ha variado radicalmente.

Pero los romanos no son partidarios de los cambios bruscos. Cimentan lo nuevo sobre lo viejo y conocido. Así, a pesar de la incongruencia lógica que ^{respecto} al concepto ya vigente de actio, ello supone, anudan normalmente la interrupción del plazo para el ejercicio de la actio no a la presentación del libellum conventionis -como sería lo lógico- sino a la litiscontestatio, entendida de uno u otro modo (como notificación de la demanda al demandado o como contestación del mismo), rememorando en todo ello la vieja "actio arcaica". Atisbos de "racionalidad" se perciben ya, sin embargo, en la época justiniana. Vid. "Ius subjetivo y actio" dentro del capítulo II.

El Art. 1.945 Cc. continua la tradición romana, incurriendo en el "error" planteado. La jurisprudencia forzada por tal artículo ha venido entendiendo que la usucapión sólo se interrumpe por la citación judicial hecha al poseedor (sent. 11-7-1.903 y 21-5-1.930) haciendo sin embargo constar que tal artículo no es --- aplicable a la prescripción extintiva, donde la mera interposición de demanda interrumpe de acuerdo con el Art. 1.973 (sent. 21-5-1.970)

Vid. DIEZ PICAZO, "La interrupción de la --- prescripción", RD Notarial, 1.963, pág.24 quien afirma que "el acto interruptivo, como declara-

ción de voluntad, es un acto recepticio ... la declaración será recepticia en cuanto debe ser dirigida al sujeto pasivo, pero su efecto no de pende de la recepción"; basta que el titular -- del derecho se desprenda de su declaración de - voluntad para que el efecto interruptivo se pro duzca.

No deja de ser "curioso" señala DIEZ PICAZO (op. cit. pág. 32) que la interrupción en la -- usucapión provenga de un acto, no de la parte, sino de un tercero, el juez.

Obsérvese que la "citation en justice" es un acto de parte, mientras que la citación judi--- cial es un acto del juez (Vid. COVIAN, "Inte--- rrupción civil de la prescripción. La citación judicial", RGLJ, 1.902, pág. 516 y ss.) ¿Error de traducción?. No lo parece pues mientras en - Francia se habla de la "citation en justice.... signifiée" (Art. 2.244 Cc. fr.) aquí la expre-- sión francesa se traduce correctamente por cita^u ción judicial (Art. 1945 Cc).

En contra de la Jurisprudencia argentina, -- que no exige la notificación de la demanda al - deudor para que ésta produzca efectos interrup- tivos Vid. MOISSET DE ESPANES, "Interrupción de la prescripción por demanda", Argentina, 1.968, pág. 72; vid. también "Principios generales del

Derecho: la prescripción se interrumpe por la sola reclamación", Rev. Der. Esp. y Americ., -- año IV, 19, pág. 986 y ss.

- (38) No hay art. que a ello se refiera expresamente dentro de la prescripción extintiva (para la adquisitiva vid. Art. 1.945 Cc.). La Jurisprudencia ha exigido que el juez, en ocasiones, competencia funcional para apreciar la interrupción (Sent. 29-1-1.913).

Dentro de la postura mantenida había que admitir que basta que el juez lo sea -es decir, - que tenga jurisdicción- para que la demanda ante él presentada interrumpa el plazo de prescripción. (Vid. DIEZ PICAZO , "La interrupción. ..." cit. pág 41).

Portalís observa que el art. 2.246 Cc. francés no se apoya en el derecho romano, al que es contrario, sino en la costumbre del país. Rogron justifica el precepto en base a la buena fe --- (Vid. GARCIA GOYENA, "Concordancias, Motivos y Comentarios del Cc. español". Madrid, 1.852, -- pág. 1.019). El elemento canónico hace aparición.

- (39) Afortunadamente la Jurisprudencia ha entendido que "este art. se refiere exclusivamente a la prescripción del dominio y demás derechos reales no a la de las acciones, recogida por el art. -

1.973" (Sent. 4-1-1.901, vid. sent. 24-1-1928) Así en los supuestos del art. 1.973 hay interrupción aunque recaiga sentencia de absolución de la instancia (sent. 19-11-1.941) o se produzca la caducidad de la instancia, o el actor desistiere, o la citación fuera nula (Sents. 17-12--1.927, 4-1-1.901, 8-11-1.948, 1-2-1.949, 9-2---1.954, 12-3-1.982).

El único supuesto en que sí "parece" ser de aplicación el art. 1.946 al 1.973 es cuando el deudor fuere absuelto de la demanda; el efecto en nuevo juicio sin embargo proviene no de la --no interrupción sino de la existencia de cosa juzgada (Sent. 6-3-1.906). No puede, pese a todo lo dicho, encontrar "en ello" justificación la doctrina Jurisprudencial que exige, para que se produzca interrupción, que la acción ejercitada sea "exactamente" aquella cuya prescripción se intenta evitar (Sents. 23-4-1.909, 19-11----1.941 Sala 6ª 11-7-1.981)

Ni siquiera para la usucapión puede extremarse el rigor del Art. 1.946 Cc. Así, si el desistimiento del actor tiene por motivo la incompetencia del juez, -- una vez entablado el juicio juicio ejecutivo el demandado desconoció la firma de los pagarés no protestados y el actor desistió yendo a juicio ordinario-- en esos y -- otros casos que pudieramos encontrar no tienen

demasiado sentido afirmar que la demanda no produce efectos interruptivos (Vid. MOISSET DE ESPAÑES, "Interrupción de ..." cit. pág. 47 y ss.) ORIANI, "Processo di ..." cit. pág. 98 y ss. referido al código napoleónico) Así, también ---- cuando la sentencia del juez es ^de absolución de + la instancia por falta de competencia; por relación al Art. 1.945 -reductio ad absurdum- (Vid. MOISSET op. cit. pág. 47 y ss.)

Una solución original la ofrece Llambias --- quien propone que, mediando una sentencia de absolución de la instancia, el efecto de la demanda queda "supeditado a la renovación de la cuesción en el plazo de seis meses a partir de la -ejecutoria" (Cit. MOISSET, op. cit. pág. 47 y ss)

En derecho contemporáneo y respecto al tema de los efectos interruptivos (¿suspensivos?) -- del proceso Vid. VERDE "opposizione a precetto e interruzione sospensiva della prescrizione", -Dir. e Giurisprud., 1.966, pág 217 y ss.

Sobre el acto de citación Vid. SILENZI, "Sulla dicorrenza di un nuovo periodo della pres--crizione interrotta da un atto di citazione nullo", Nuovo Dir. 1.961, pág. 412 y ss.

- (40) El Art. 1.947 se referiría sólo a la usucapión mientras que el Art. 479 LEC lo haría también a la prescripción extintiva (ALBALADEJO, "La inte

rrupción ..." pág. 711). Ambos arts. tienen sentido en los supuestos en que no se admitan las reclamaciones extrajudiciales. Sin embargo, los Arts. resultan formulados de modo genérico, sin acotación de casos. Evidentemente, el legisla--dor español "copió" al francés sin advertir que, para el francés, sólo la reclamación judicial - a grosso modo- interrumpe el plazo de pres---cripción (luego en su concepción sí que tenía - sentido tales artículos) mientras que en España también las reclamaciones extrajudiciales tam--bién interrumpen.

Así las cosas, nada hay de extraño en que la Jurisprudencia afirme que el acto de concilia--ción vale como requerimiento judicial (Sent. --21-11-1.950; en contra 19-11-1941), como simple reclamación (Vid. ALBALADEJO, "La interrupción. ..." cit. pág. 735) que el reconocimiento del -deudor hecho en acto de conciliación no seguido de demanda también interrumpe el plazo de pres--cripción (Sent. 17-1-1.928), etc.

Sobre historia y derecho comparado del acto de conciliación Vid. MARQUEZ, "El derecho de retracto y su caducidad", R. D. Procesal, 1.946, pág. 198 y ss.

- (41) "Para interrumpir la prescripción tiene la mis--ma eficacia el acto de conciliación intentado -

sin efecto que el celebrado sin avenencia" ----
(Sent. 28-6-1.926, 3-12-1.921, exige la no avenencia -6-6-1.922). Obsérvese que el juez (persona) en la conciliación no actúa como juez -no juzga-. Pero tampoco la recepción de una demanda en el juzgado consiste en una función estrictamente jurisdiccional. Ningún inconveniente habría en que tal tarea se encomendase a unos funcionarios no juez -como de hecho ocurre-.

La reclamación es o no "judicial", no según el carácter de la función que desarrolla la persona que la recibe (podría recibirla el juez-persona pero no con ello ejercitaría una función estrictamente jurisdiccional) sino en función de que inicie o no la vía que ha de desembocar en el ejercicio strictu sensu de la jurisdicción--dictar sentencia- Y bien ¿inicia el acto de conciliación "la vía judicial"? En función de la respuesta a tal pregunta -y la respuesta no ha de ser uniforme para todo tipo de casos- nos hallamos o no ante una reclamación "judicial". -- Que podamos considerar que la demanda de conciliación es una reclamación judicial no implica en modo alguno que tal demanda pueda ser considerada ejercicio de la acción (Sent 16-1-1.975) Se trata de dos cosas diversas.

Tampoco la citación hecha a un tercero en un expediente de "jurisdicción voluntaria"-que no

es jurisdicción- es una verdadera "reclamación judicial" - a no ser que el expediente devenga contradictorio- (la Sent. 8-5-1.982 entendió -- que la citación de un tercero producida en un - expediente de dominio es una "citación judicial" Art. 1.973 Cc.)

Sobre el tema Vid ALBALADEJO, "La interrupción de la prescripción extintiva civil por acto de conciliación no seguido de demanda", Madrid, 1.967.

- (42) Reconocen efectos interruptivos a la reconven--
ción y compensación DIEZ PICAZO, "La interrup--
ción ..." cit. pág. 31 y Sent. 17-12-1.927, tam
bien MOISSET, "Interrupción ..." cit. pág. 35 y
ss.

Lo que a la reconvencción, compensación, etc.
distingue respecto a las defensiones es que en
tales casos la actitud del demandado es ofen--
siva, no se limita a defenderse. Su actitud la
fijamos, no en relación a su apreciación perso--
nal, sino en función del ataque principal (la -
demanda dirigida al demandado a que se refiere)

- (43) Exige una "seriedad" a la hora de ejercicio del
derecho. Sent. 2-10-1.912.

Durantón, de otro modo, resalta como en oca--
siones la nulidad de la demanda por defectos de

forma revela un acto no suficientemente serio - del actor como para merecer interrumpir el plazo de prescripción (Cit. en MOISSET op. cit. pág. 47 y ss.)

Nos preguntamos; acaso el único fin de evitar la prescripción no supone ya una suficiente "seriedad" en el actor?. Cosa distinta es que determinadas conductas del actor -antes del decreto de términos judiciales, instaurador del impulso de oficio, la paralización debida al actor de la notificación de su demanda al demandado- merezcan una "penalización". Ahora bien, si quiera sea "mentalmente", no es lo mismo "penalizar" una conducta que hacer depender los efectos de determinado acto respecto de esa misma conducta: lo primero es claramente resolutorio -y puede que retroactivo; lo segundo suspensivo- lo que con el tiempo puede dar lugar a una interpretación ex nunc, y **no** ex **func**, como debiera ser, de los efectos del acto-

- (44) "Para que la presentación de la demanda interrumpa la prescripción (debe decir el plazo de prescripción) ha de presentarse con sus copias y la de los documentos a la misma acompañados" (Sents. 4-10-1.907, 30-Jun-1.914, 19-12-1.924, 30-6-1.941, 9-3-1.942, 26-4-1.969)

No podemos asentir con tal doctrina. Una de-

manda o se admite a trámite, o no se admite ---
(se rechaza). Admitiéndose a trámite puede o --
suspenderse éste (si la demanda adolece de de--
terminados requisitos) o continuar (caso común)
Sólo en casos extremos debe procederse a la no
admisión a trámite de la demanda (prohibición -
legal en cuanto al fondo, el demandante claramente
carece de legitimación, demanda exigiendo res
ponsabilidad civil a un juez antes de que exista
sentencia firme, etc.). Así las cosas, bastará
que la demanda se admita a trámite, aunque éste
se suspenda, para que el efecto interruptivo se
produzca (Vid. DIEZ PICAZO, "La interrupción ..
..." cit. pág. 44)

FENECH, "Derecho ..." cit. pág. 109 y ss. --
distingue entre no curso y repulsión de la demanda
da, aunque en sentido distinto al empleado en --
líneas arriba. Tal y como en la práctica resul-
tan las cosas no encontramos inconveniente en
que una demanda no admitida interrumpa el plazo
de prescripción (v.g. en el supuesto analizado
Vid. Sent. 30-4-1.930). En Sent. 21-5-1.970 co-
rrectamente, a nuestro juicio, se afirma: "es -
la mera presentación de la demanda la que inter
rumpe (el plazo de) prescripción, sin perjui-
cio de que fuera admitida hasta tanto se cum---
plieran las obligaciones fiscales".

En Sent. 9-3-1.942 no se reconoció efectos -

interruptivos a una demanda por no haberse acom
pañado certificación de haberse intentado acto
de conciliación (En contra Sent. 26-4-1.969, --
26-11-1.970)

(45) Sí basta (Sent. 9-11-1.954, 3-12-1.966, 22-2- -
1.967)

(46) "Ese acto equivale a la reclamación extrajudi--
cial" (Sent. 4-5-1.914). Por contra la Sent. --
18-12-1.920 no reconoció efectos interruptivos
a tal reclamación alegando que "la prescrip----
ción no pudo ser interrumpida por expedientes -
administrativos inadecuados, tratándose de cues
tiones de la exclusiva competencia de la juris-
dicción ordinaria" -seguro marítimo entre una -
compañía aseguradora y el Estado (Vid. AZZARITTI
-SCARPELLO, "Della prescrizione e della decaden
za" Comentario al Cc. dir. de Scialoja-Branca,
Bologna-Roma, 1.961, libro 6, pág.597)

(47) "Es doctrina constante del Tribunal Supremo que
los actos de tercero no sirven para interrumpir
-el plazo de- prescripción (Sent. 23-3-1.896).
Así, no interrumpen: la demanda planteada por -
un coheredero, pero no como tal, sino en nombre
propio, a los efectos de interrupción del plazo
de prescripción de una cosa perteneciente a la -
masa hereditaria (Sent. 7-1-1.958); la demanda -
propuesta por un falso procurador o gestor inofi

cioso (interrumpe, caso de ratificación, ex ---
nunc pero no ex tunc. Corte di Cassazione Sent.
12-5-1.973, 21-2-1.974; ORIANI, "Processo di.."
Cit, pág. 263 y ss; DIEZ PICAZO "La interrup---
ción ..." Cit, pág 24; AZZARITTI E SCARPELLO, -
"Delle prescrizione..." Cit, pág. 599), etc ---
(Sent. 18-12-1.920, 11-1-1.943, 3-5-1.957, 25-6-
1.969, 15-12-1.975)

Casos distintos son:

- El representante tenía poderes suficientes pe
ro sólo después de la presentación de la de--
manda los aportó: interrumpe ex tunc (MOISSET
"Interrupción.."Cit. pág, 47 yss)
- Demanda propuesta por un incapaz: como la in-
terposición de la demanda es un acto meramen-
te conservativo -aunque el incapaz no puede -
constituir en mora al obligado- sí interrumpe
(DIEZ PICAZO, "La interrupción..." Cit, pág.
23 y ss. y 50) Vid. ORIANI, Op.cit. pág, 270
y ss. Repárese que en nuestro derecho en gene
ral la falta de capacidad del demandante, pa-
ra ser estimada, ha de ser alegada por el de-
mandado (art. 533 LEC)
- Demanda propuesta sin autorización (v.g. sín-
dico actua sin autorización de la masa): si -
interrumpe, pues se trata de mera conservación
(ORIANI. Op.cit. pág. 274)

- Demanda propuesta por un sustituto: éste es - un legitimado indirecto -"ejercita" el dere-- cho de otro en nombre propio, etc...-; ¿produce cosa juzgada respecto al sustituido la sentencia dictada contra el sustituto?. Entende- mos que no cabe una solución global; de nues- tro derecho positivo "parece" deducirse que - al menos para la prescripción tal demanda tendría efectos respecto al sustituido (art.1974 1975 Cc) Vid. ORIANI, Ob. cit. pág. 279-295; DIEZ PICAZO, Ob. cit. pág. 24.
- Solidaridad (art. 1974 Cc. en relación al art. 1141 Cc.), mancomunidad (art. 1975 Cc) etc.

(48) Por otro lado, respecto del lado pasivo, se afirma que "no cabe conceptuar interrumpido el pla- zo de prescripción por las reclamaciones judiciales dirigidas contra persona distinta del deu- dor" (Sent. 15-2-1.899; también 2-12-1.905, 21- 4-1.958)

Ahora bien:

- si existe un error excusable del acreedor al - demandar a quien no era obligado -sobre todo si tal error fue provocado por el deudor- la demanda "debe" producir interrupción (Vid. -- MOISSET, Op.cit. pág. 47 y ss)
- si la demanda es propuesta contra un falsus - procuratur o debitor, resultando que a la ho-

ra de la personación aparece el verdadero deu
dor, éste puede oponer la prescripción ocurri
da antes de su personación -incluso después -
de la presentación de la demanda- (ORIANI, Op.
cit. pág. 270. Relacionado con el tema Vid. -
CAPPELLETTI, "Chiamata di un/terzo in causa de
parte del convenuto e interruzione della pres
crizione". Monitore dei Tribunali, 1.969 pág.
630 y ss.)

- demanda propuesta contra un incapaz: ORIANI -
(Op.cit. pág. 273-274) afirma que no interrum
pe; en nuestro derecho, la solución "parece"
que, en principio, debe ser la contraria (no
se prevee ni siquiera una excepción dilatoria
basada en ello Vid. 533 LEC)
- si existe un error intrascendente en la de--
signación del demandado la demanda produce --
efectos interruptivos (Sent. 19-11-1.976)
- si el sujeto pasivo es incierto o de descono-
cido paradero cabe interrupción -cuando me--
nos por demanda judicial (Vid. DIEZ PICAZO, -
Op.cit. pág. 25)- por reclamación judicial --
contra persona indeterminada o designada al--
ternativamente (Sent. 8-6-1.967, 6-4-1.968)
- la demanda dirigida contra un desconocido ---
afecta a todos Vid. arts. 1933, 1974 y 450 Cc.
(S^{nt}. 16-1-1.945)

(49) Claro está que por la especial configuración -- del ejercicio de la acción civil proveniente -- del delito en nuestro ordenamiento podría entenderse que, aún no ejercitándose la misma en el procedimiento penal --siempre que no se ~~renuncie~~ a ella-- aún así hay "reclamación" del dañado; ~~al fin y al cabo~~, la única forma de no ejercitar la acción civil en lo penal es "reservándola" Vid. art. 111 LECr. Aparte estas consideraciones teóricas lo cierto es que:

- Si la acción civil se ejercitó en el proceso penal y la sentencia que recayó fue de absolución en lo penal --y por tanto el Tribunal no se pronuncia sobre lo civil-- entonces es evidente que el plazo de prescripción estuvo interrumpido durante todo el curso de la causa (Sent. 12-5-1.960, 30-12-1.981)
- Es "indiferente que en el procedimiento penal se solicitara indemnización por concepto diferente de lo pedido en el pleito (seguido ante Tribunal civil) ya que las acciones nacieron de los mismos hechos" (Sent. 28-2-1.959)
- Procedimiento penal interrumpe --no suspende-- el plazo de prescripción aún cuando el interesado no haya valer en él su derecho (así -- DIEZ PICAZO, Op.cit. pág. 40; en contra MOI-- SSET, Op.cit. pág. 47 y ss). Así, respecto al plazo de cuatro años para exigir responsabili

dad a los administradores según el art. 949 -
C de C, lo establece la Sent. 25-6-1.959

Un caso particularizado lo ofrecen las "diligencias preparatorias de la ejecución" recaídas en proceso penal incoado por hecho cubierto por el seguro obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor (T.R. Ley 122/1.962, de 24 de Diciembre , art. 10)

En estos casos:

- "El plazo de la prescripción... ha de comen--
zar a partir del acto ejecutivo preceptivo" -
(Sent. 17-3-1.982; ibidem 2-7-1.979 , 31-10--
1.981, 5-11-1.981)
- El ejercicio de la acción directa contra el -
asegurador -hasta el límite del seguro obligat
torio; esta acción se refiere al auto ejecuti
vo del art. 10- interrumpe la "otra" acción -
del perjudicado- contra el causante del daño,
derivada del art. 1902 Cc; esta acción es ilig
mitada en su cuantía, a priori- (Sent. 5-11-
1.981; Vid. también 17-12-1.979, 14-10- 1.980
31-3-1.981, 22-10-1.981, 1-3-1.982)

En gran ~~pa~~ parte de los casos analizados, como
se ve, más que interpretación extensiva del ---
término "reclamación" existe aplicación analógig
ca del mismo, basado todo ello en criterios de

"justicia".

(50) Nuestro Tribunal Supremo tiene un concepto bastante amplio de lo que por "reclamación extrajudicial" debe entenderse. Así, constituye reclamación extrajudicial:

- "La demanda de pobreza... si se expresa en ella el objeto del litigio que se propone entablar el actor después de fenecido este incidente" (Sent. 9-3-1.899; 17-6-1.930, 16-12-1.966, 17-4-1.980, 19-5-1.981)
- La petición de diligencias preparatorias del art. 497 LEC, si igualmente en ellas se hace referencia al juicio futuro (Sent. 31-3-1.902) (Así DIEZ PICAZO. op,cit. pág. 39)
- La solicitud de embargo preventivo (DIEZ PICAZO. Op.cit. pág. 39)
- Si dado un procedimiento concursal ni el deudor ni los órganos de administración del concurso han reconocido el crédito, sólo la solicitud del acreedor demandando su inclusión en la masa interrumpe el plazo de prescripción - (Sent. 5-6-1.887; DIEZ PICAZO. Op.cit. pág. - 39-40)
- Una carta (Sent. 6-12-1.968 Vid GUERRIERI "La lettera del difensore del danneggiato e la -- prescrizione" Dir. e pratica dell'assicurazione, 1.959 pág. 295 y ss), una reclamación al

representante legal de RENFE (Sent. 30-12- -
1.967), al Presidente de una Cooperativa (Sent.
24-6-1.971), una reclamación verbal (Sent. 18-
1-1.968),

- Una reclamación formulada en el libro del ---
apartadero donde se entregar la mercancía, aun
que dicho libro no se corresponda con el li--
bro oficial de RENFE para reclamaciones (Sent.
3-7-1.958)
- El pago de intereses interrumpe el plazo de -
prescripción del principal (Sent. 10-10-1959)

Pero aún las reclamaciones judiciales -se --
consideren como ejercicio de la acción a pres--
cribir o bien como reclamaciones extrajudicia--
les- sirven a la interrupción:

- El ejercicio de la acción causal cambiaria -
¿interrumpe la prescripción de la acción cam-
biaria? DIEZ PICAZO (Op. cit. pág. 31), así -
opina. ¿Y al revés? Vid. Sent. 20-6-1.966
- El ejercicio de la acción de cumplimiento en
el caso del art. 1124 Cc. ¿interrumpe la pres-
cripción de la acción de resolución? Sí. (Vid.
DIEZ PICAZO Op. cit. pág. 31)
- La acción posesoria de deslinde ¿interrumpe -
la prescripción de la acción reivindicatoria?
Parece que sí (DIEZ PICAZO Op. cit. pág. 42 y
ss)

Según se observa la Jurisprudencia ha extendido la regla del Cc. referente a la reclamación extrajudicial -que exige una reclamación- incluyendo en ella, aparte verdaderas reclamaciones, todo tipo de "actos que exteriorizan o ponen de manifiesto la voluntad del acreedor contraria a la dejación de su derecho" (Sent. 26-10-1.963)

Todo ello no obsta a que en determinados supuestos el Tribunal Supremo muestre un cierto rigor:

- "La mera pretensión de nombramiento de Abogado y Procurador de oficio no reviste carácter de interpelación judicial ni extrajudicial" - (Sent. 9-10-1.906)
- "La ausencia no suspende la prescripción" --- (Sent. 24-12-1.927; Vid. art. 1934 Cc)

(51) A este respecto el Tribunal Supremo tiene declarado que:

- Pasado el tiempo exigido para la prescripción, el posterior reconocimiento de la deuda hecho por uno de los deudores solidarios perjudica al mismo pero no a sus codeudores (idem, respecto a las obligaciones indivisibles; Vid. - Sent. 30-11-1.906 y 21-3-1.911)
- "La simple expresión de los gravámenes de un inmueble en la escritura de venta de ésta...

de estimarse como reconocimiento de la hipoteca, interruptor del lapso del tiempo para la prescripción, acabaría con ésta respecto a todas las fincas gravadas con alguna hipoteca - que fuesen objeto de transmisión de dominio - dentro de los plazos de prescripción" (Sent. 23-3-1.896; 21-3-1.911)

- No es necesario que el reconocimiento sea absolutamente claro y preciso (Sent. 31-5-1952)
Ahora bien "el hecho de que los compradores - convengan con los vendedores la forma de pagar los atrasos para el caso de que apareciese sobre las fincas algún tributo no revela - conocimiento alguno del censo" (Sent. 30-11-1.906)
- "El acto dá reconocimiento de la deuda... debe hacerse al acreedor, y no debe reputarse - como tal reconocimiento la manifestación del censo que hace el deudor en documento en que no interviene el acreedor" (Sent. 6-2-1.917)
- La consignación en los presupuestos del Ayuntamiento de la obligación de pagar una pensión constituye reconocimiento por parte del mismo (sent. 26-6-1.928)
- Cabe reconocimiento dentro de la conciliación (Sent. 17-1-1.928)
- No hay reconocimiento cuando el usucapiente - se limita a admitir que él no es el dueño, pe

ro sin afirmar quien sea el titular (DIEZ PICAZO. Op.cit. pág. 54)

Doctrinalmente se admite que cabe reconocimiento tácito e incluso derivado de facta concludentia (DIEZ PICAZO, Op.cit. pág. 55-56); se distingue por otro lado entre verdadero reconocimiento -había un desconocimiento anterior del derecho del otro- y negocio de fijación (DIEZ PICAZO, Op.cit.pág 52 y ss)

Ley en mano, se aprecia que el Tribunal Supremo realiza una interpretación restrictiva de la interrupción por reconocimiento (el art. 1973 - por ejemplo, no exige que el reconocimiento se haga "al" acreedor)

- (52) No ocurre así en Argentina donde, debido a un articulado -e interpretación del mismo- bastante estricto, ni la interpelación judicial -ni - por tanto la intimación privada de pago- interrumpen el plazo de prescripción (MOISSET, Op. cit. pág. 26)

Así, tal "restricción de casos" ha llevado a la Corte Suprema de Argentina a afirmar que, -- aun cuando determinadas gestiones administrativas deban forzosamente preceder a la vía judicial, aún en tales casos la realización de tales gestiones no interrumpe el plazo de prescripción, sino que, lo procedente, a efectos de inte

rrupción, es interponer la demanda "incluso sin previa reclamación administrativa, o con deficiencias formales, al sólo efecto de conservar la acción" (cierto es, también, para ser ecuánimes, que cuando un texto legal expresamente lo permite, v.g. en lo fiscal y en lo laboral, la Corte Suprema concede efectos interruptivos a la reclamación previa) La solución, a todas luces, es forzada: no está hecho el hombre para la ley sino la ley para el hombre (vid. MOISSET, Op. - cit. pág 27 y ss)

- (53) Sobre interrupción del plazo de prescripción en general Vid. DEIANA "Problemi di politica legislativa in tema di interruzione delle prescrizioni", Studi Greco, pág. 321 y ss; PLANAS Y CASALS, "Prescripción: su interrupción jurídica". R.I.C. T. 1º (1.985) pág. 265 y ss; VACIRCA, - "L'interruzione della prescrizione nei diritti potestativi" Dir. Giur, 1.973 pág. 803 y ss; -- ALBALADEJO, "Art. 1973 de Comentarios al Cc. R. D. Priv. Dic 1.977 pág. 987 y ss; ARAGONESES - "Técnica...", cit. pág. 349 y ss; SCHONKE ---- SCHROEDER - NIESE, "Zivil_prozessrecht", Karlsruhe, 1.956, pág. 217 y ss; DIEZ PICAZO- GULLON "Sistema ..." I, cit, pág. 506 y ss.

Sobre diferencias y coincidencias usucapión
-prescripción extintiva civil- prescripción ex

tintiva mercantil Vid. ALBALADEJO, "La interrupción..." cit. pág. 734 y ss.

- (54) Canon 1512 C.I.C. del código ya derogado de 1917; se advierte que cuandose habla de "posesión" se están también incluyendo las acciones y los derechos en general pues a) el Canon 1497 habla de "bona temporalia sive corporalia, tum immo--^{tum mobilia,} bilia sive incorporalia" b) el Canon 1512 está dentro del Tit. XXVII que se refiere a la adquisición de las bona .. temporalia c) el Canon 1511 dice que "res immobiles, mobiles..., iura et actiones sive personales sive reales.. praescribuntur" d) Canon 1701 afirma, claramente -- que las acciones se extinguen conforma a los Canon 1508- 1512 por prescripción

No de otro modo podía ser. Sabido es que los glosadores elaboraron la teoría de la usucapio libertatis. Lo que ya no resulta tan claro es -- que la doctrina canónica en general, admitiera que en la prescripción extintiva se da una usucapio libertatis; puede ser que sólo, en todo -- caso, se admitiera que en toda prescripción extintiva existe una ~~posse~~ssio --que no usucapio- libertatis. La teoría de la prescripción extintiva como usucapio libertatis es, aunque lógicamente perfecta, insostenible; la teoría de la --prescripción extintiva como possessio liberta--

tis es, aunque no insostenible, "malintencionada".

La consideración de la prescripción extintiva como usucapio libertatis es, aunque lógicamente perfecta, insostenible en la práctica

"Sabido es que para la prescripción legítima se necesitan como condiciones: a) materia apta, b) posesión c) tiempo d) título e) buena fe .. (aparte las tres primeras que sí se mencionan). aún cuando sólo se menciona expresamente (en el CIC) la buena fe, es claro que para darse ésta precisa que se funde en algún justo título, aunque no sea válido, cual sería, por ejemplo, en la prescripción adquisitiva... y en la liberativa, el creer con conciencia errónea, pero inculpable, que una deuda dejó de existir por estar persuadido el deudor que ya la pagó o que se la condonaron. Quiere esto decir que no es necesario que el título sea colorado; basta que sea -presunto" (Comentario al Canon 1512 CIC, "CIC y Legislación complementaria", Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1.974).

Cuatro objeciones se nos ocurren a tal construcción:

1. Resulta "forzado" ver en la libertad un ali-
quid que puede ser poseído. ¿Cuanto tiempo -

debió pasar -y en qué medida construcciones de este tipo contribuyeron - para que de la prístina idea romana de possessio (aplicable únicamente a las cosas tangibles, materiales) pasando por la "quasi possessio" -de los derechos Vid. Canon 1965 CIC- se llegue hoy a hablar indistintamente de posesión de bienes materiales, derechos -Vid. art. 430 Cc.- ? Vid. CASTAN, Op.cit.T II, Vol.1, pág. 591-- 592.

2. Resulta forzado relacionar con la prescripción extintiva, no ya una posesión, sino un elemento tal como un justo título. Esta, en la usucapión, se distingue claramente de la buena fe ¿ocurre igual en la prescripción extintiva?
3. Según DE CASTRO ("Temas...", cit, pág. 148) haría falta una continua negación -y no sólo contradicción- de la deuda por parte del deu dor para que se pudiera prescribir la acción, requisito que evidentemente no se exige. Personalmente no compartimos esta objeción --- pues si bien tal objeción explica cómo hoy - en día no es aplicable la idea de la usucapio libertatis, sin embargo no obsta a la validez de la misma "illo tempore" (sólo en caso de "negación" cabría prescripción para el

derecho canónico)

4. Es lógicamente incorrecta la *usucapio libertatis* en base a una *possessio libertatis*, -- amén de demás requisitos. Nadie deviene propietario por el hecho de ser propietario. Más exactamente: nadie adquiere la propiedad por la posesión de esa misma propiedad. ¿A qué -- *usucapir* lo que ya se tiene?. Resultaría entonces que para salvar la "coherencia" de la construcción habría que admitir que la *libertas*, empleada respecto a la *usucapio* y respecto a la *possessio*, adquiere dos sentidos diferentes. Nuevamente, un forzamiento.

La derivación de la prescripción extintiva -- como "*usucapio libertatis*" parece hallar su raíz en una frase de Paulus: "*Species acquirendi est liberare dominum obligatione*" (l. 46 pr. D, IV, 2) De ahí los *glosadores* de las decretales interpretaron que "*quam nullus possidet, praescribet nemo*" y, según parece, toda una posterior construcción de la prescripción extintiva como *usucapio libertatis*.

La teoría como se ve, salvando los dos sentidos de *libertas*, lógicamente correcta. Ahora -- bien, el derecho ¿pretende acoplarse a la "realidad"? ¿o se trata más bien de amoldar la "realidad" al derecho? No se crea sin embargo que --

la cuestión es fácil de resolver.

Fácilmente se responde que el derecho debe amoldarse a la realidad. Ahora bien ¿hasta dónde llega la "realidad"? El derecho de prendas es prescribible extintivamente -aunque sea de modo accesorio- o más bien usucapible? (Vid. GAYOSO - ARIAS, "La prescripción adquisitiva del derecho de prendas. Relación entre la prescripción del dominio y demás derechos reales y la prescripción de acciones", Reforma Legislativa, 1907, -pág. 89 y ss. y 97 y ss) Dicho de otro modo, --¿hasta dónde llega la "realidad"?

La consideración de la prescripción extintiva como "possessio libertatis" es malintencionada

Se habla también de "usucapio libertatis" en el sentido de liberación del dominio de los derechos o cargas que lo gravan. Así, si "la usucapión de una cosa que estaba gravada con un derecho limitativo del dominio se realiza poseyéndole en concepto de libre de tal gravamen la adquisición del dominio lleva consigo, además, como efecto conjunto, el de extinción del dominio contradictorio y de los derechos reales limitativos, incompatibles con aquel" (CASTAN, Op.cit. T.II, Vol. 1, pág. 355) Tal usucapio está recogida en el art. 36,6 L. Hipotecaria y (acaso és

te sería el primitivo sentido del término usucapio libertatis).

Admitamos que la doctrina canonista vió en la prescripción extintiva una possessio libertatis. ¿Por qué? o acaso mejor sea preguntarse -- ¿para qué?. Nos permitimos recordar:

- Que en el derecho clásico romano se incorporó a la vetusta usucapio el requisito de la bona fide inicial (IGLESIAS, "Derecho Romano", cit. pág. 292)
- "Un rescripto de Constantino -Codex 7,39,2-- introduce la praescriptio longissimi temporis o excepción que puede oponerse a cualquier -- acción reivindicatoria por parte de quien ha poseído la cosa durante 40 años, aunque sea -- sin título ni buena fe. Tal prescripción tiene fuerza adquisitiva, y no simplemente defensiva, en el Derecho Justiniano... Para esta prescripción adquisitiva (la del Derecho Justiniano) no se exige el título, sino únicamente la buena fe inicial" (IGLESIAS, "Derecho ... " cit, pág. 298)
- Es regla general de toda la evolución del derecho romano que "mala fides superveniens non no cet" (D 41,1, 48, 1; D 41, 10, 4)

Así las cosas se aprecia como normalmente sólo respecto a la prescripción adquisitiva -y

no respecto a la extintiva- exigió el derecho - romano, incluso en Justiniano, el requisito de - la buena fe en el demandado.

El derecho canónico pretende ser continuador de la tradición romana. Al mismo tiempo desea - imponer su exigencia de la buena fe también res pecto a la prescripción extintiva. Cobra entonces sentido la asimilación, al menos parcial, + de la prescripción extintiva a la adquisitiva. (imponiéndole el requisito de la posesión y, -- anexo a ella, la buena fe)

. El derecho canónico heredó, en este caso, del romano la -- "sabia" virtud de asentar lo nuevo sobre lo vie jo y conocido; pero olvidó el sentido de la --- practicidad y sencillez.

Acaso las líneas anteriormente expuestas si van a explicar el por qué de la construcción de la teoría de la usucapio libertatis, o cuando - menos, la de la possessio libertatis, anudadas una u otra a la prescripción extintiva. Rompiendo la tradición (cuyo respeto fue la que de algún modo llevó a los canonistas a la elucubraci ón sobre la "usucapio libertatis"), pero apoyándonos en su fuerza explicativa, intentaremos una construcción unitaria de prescripción extin

tiva y adquisitiva, eso sí, no asimilando la -- primera a la segunda, como pretendieron los -- canonistas, sino la segunda a la primera.

- (55) De por qué nos parece acertado subsimir bajo un mismo nombre, prescripción, tanto la usucapión como la prescripción extintiva

Por una sencilla razón: porque en toda prescripción adquisitiva hay siempre una prescripción extintiva -pero no al revés-; caso de no haberla, hablaríamos de ocupación, donación,..., pero no de usucapión (así, CARNELUTTI, "Appunti sulla prescrizione", Riv. D. Process. 1.933, I, pág. 42; en contra GIUSIANA, "Appunti sulla --- prescrizione", Riv. D. Civ. 1.957, I, pág. 439 y ss)

Cierto sin embargo que entre el articulado - del 1940 y ss. y el del 1961 y ss. hay notables diferencias. Aparte las propiamente históricas diremos que parte de los mismos no provienen sino de una "defectuosa organización" de la sistemática del Cc. cuando el título relativo a la - prescripción se tradujo del Código Napoleónico. Veamos:

- El Código Napoleónico está estructurado así:
Tit. XX ("De la prescription et de la possession") Chap. I. Dispositions générales. Chap.

II De la possession. Chap. III Des causes qui empêchent la prescription. Chap. IV Des causes ~~qui interrompent~~ ou qui suspendent la cours de la prescription, etc.

- El Proyecto de 1851 dividía así el Tit. 24 -- ("De la prescripción"): Cap. I Disposiciones generales; Cap. II De la prescripción considerada como medio de adquirir... Cap. VI ~~De~~ la prescripción considerada como medio de liber-tarse. Cap. VII De las causas que interrumpen o suspenden el curso de la prescripción, etc.
- El Cc. vigente lo divide así el Tit. 28 ("De la prescripción"): Cap. I Disposiciones gene-
rales; Cap. II De la prescripción del dominio y demás derechos reales; Cap. III De la pres-
cripción de las acciones.

Y bien ¿qué ha ocurrido en el Cc. vigente, - concretamente con las causas que interrumpen la prescripción?. El legislador, al "reestructurar" se ha visto forzado a "reproducir" en capítulos separados, segundo y tercero, lo que en el Cc. Napoleónico y en el Proyecto de 1851 no necesi-taba de reproducción pues había un capítulo co-mún. Y he aquí que, acaso por deslíz, acaso en parte con consciencia, la "reproducción" no ha - sido exacta. A saber:

- . El art. 1945 no encuentra homónimo en sede de

prescripción extintiva ¿quiere ello decir que no le es aplicable su contenido?

- . El art. 1946 y 1947 y 1948 se corresponden sólo parcialmente con el art. 1973 Cc. Por tanto ¿es aplicable el 1946 al 1973? ¿y el 1947? ¿Por qué sí uno y no el otro? ¿Por qué ninguno de los dos y sí el 1945? Etc.

Observese por otro lado, lo que no es mera --coincidencia sino "coherencia", cómo los arts. 1962 y 1963 se hacen "encajar" con los de la --prescripción adquisitiva (sería "lógico" que existiera un plazo menor para usucapir que para que la acción prescribiera)

Así las cosas, bien podemos reconducir la figura del 1940 y ss. -prescripción adquisitiva- y la del 1961 y ss. -prescripción extintiva --- "species"- al común "genus" prescripción extintiva.

- (56) Dos son las posiciones encontradas: la del Código Napoleónico que siguiendo la literalidad romana (más que la doctrina canónica) regula unitariamente prescripción adquisitiva y prescripción extintiva; y la del BGB que regula por un lado la Ersitzung (prescripción adquisitiva) y por otro la Verjährung (prescripción extintiva) Nos hemos pronunciado por la orientación alemana ¿Por qué? Porque aunque la prescripción ad--

quisitiva es ciertamente prescripción extintiva, es, además, algo más: es un medio de adquirir derechos. Regular la prescripción adquisitiva dentro de la prescripción es como regular el usufructo dentro de la posesión: en el usufructo ciertamente hay posesión, pero también algo más.

Así las cosas, más que de prescripción extintiva pensamos que debe hablarse de adquisición por prescripción (resulta más lógico). Esa tal adquisición por prescripción debería regularse dentro de un genérico capítulo destinado a "modos de adquirir derechos en general -y no sólo la propiedad"; no entramos en si la usucapión es un modo originario o derivativo de adquirir la propiedad -señalar tan sólo que, more matemático, pueden encontrarse casos de usucapión sin anterior titular- (Vid. CARNELUTTI, "Appunti...", cit, pág. 41)

- (57) Ni una cosa ni otra se exigen en nuestro derecho. Es más, el Proyecto de 1851 repetía la norma del art. 2262 CC. francés: "Toutes les actions.. sont prescrites... sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre, ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi".

Se trata, según entendemos, de un rompimiento con el derecho canónico y una vuelta al derecho justiniano.

Sirva además el texto en cuestión como "prueba" de que ni siquiera en el derecho justiniano, cuando se fundieron prescripción extintiva y adquisitiva en la praescriptio longissime temporis, se exigió respecto a la prescripción extintiva la buena fe inicial, que sin embargo sí se exigía respecto a la prescripción adquisitiva.

- (58) Con excepción de la usucapio antes de la época clásica y del rescripto de Constantino, el derecho romano siempre exigió a la usucapición una buena fe inicial. Así, aún hoy en día la Ley -- 357 de la Novísima ~~Recopilación~~ de Navarra "parece" exigir respecto a la usucapición extraordinaria la buena fe --siquiera presunta-- inicial del prescribiente (Vid. CASTAN, Op, cit, T.II, Vol. 1, pág. 363)

Según el derecho canónico esa misma prescripción extraordinaria exigiría buena fe también durante el transcurso del plazo, o lo que es lo mismo, la prescripción extraordinaria apenas si tendría virtualidad en el derecho canónico: bastaría una simple citación judicial para evitar, per secula seculorum, que un individuo prescribiera.

- (59) El derecho canónico llega a distinguir perfectamente entre *litiscontestatio* -canon 1.726, que sirve para fijar el objeto del juicio, Vid, canon 1.731, y que se anuda a la contestación de la demanda- y la *citatio* -canon 1.712, que es - un acto del órgano judicial: "*citatio fita iudice*". La interrupción de la prescripción se anuda a la citación (canon 1.725: "*cum citatio legitime peracta sit... interrumpitur praescriptio*")

Se afirma de otro modo que para el derecho canónico la citación lo que realmente hace es - suspender el plazo de la prescripción -es la -- sentencia definitiva, aunque sea reformada en - ulterior sentencia, la que realmente interrumpe el plazo-(Vid. Comentario al art. 1.705, "Código de Derecho Canónico.." cit.)

Independientemente de todo ello lo realmente importante es señalar cómo para el derecho canónico, interrumpido el plazo de prescripción, -- surge no ya sólo un nuevo plazo de prescripción sino (en su caso) otra prescripción "nueva" (a la que se le vuelve a exigir buena fe) (*ibidem*)

- (60) Ley en mano no resultan las mismas contempladas
- (61) Y así lo estime la Jurisprudencia a partir fundamentalmente de la Sent 26-12-1.910 respecto a

la prescripción adquisitiva ordinaria. En tema de prescripción este es uno de los pocos vestigios que el derecho canónico dejara.

- (62) Ya advertimos como Portalis cifra tal art. en una costumbre francesa que Rogron, muy certeramente anuda a la buena fe -o lo que es lo mismo, al derecho canónico-.
- (63) El Código Teodosiano (Cth. 4,14,1,1) concedió efectos interruptivos del plazo de prescripción a la conventio, aún en el caso de que posteriormente la instancia quedara abandonada. Aún más, se estableció que el nuevo plazo de prescripción comenzara a contar no ya desde el comienzo de la litis sino desde que fue abandonada (Vid. Codex 7.39.9.1-3). Y lo que es todavía más sorprendente a los ojos de un jurista actual, se estableció que el plazo de prescripción, caso de abandono de la instancia, fuera no treinta -lo que era regla general- sino cuarenta años -("non triginta sed quadraginta annos esse expectandos, ex quo novissimum litigatores ~~ta~~verunt, nostra lex antea promulgavit", Codex, 7.40. 1. 1e)

¿Cómo justificar que el abandono de la instancia no haga caer el efecto interruptivo? Por que "non similis sit, qui penitus ab initio --- tacuit, ei qui, postulationem deposuit, et in -

iudicium venit, et subiit certamina, litem autem implere per quosdam casus praepeditus est" (Codex VIII, 39.9). O lo que es lo mismo, "quia -- scilicet minor eius qui sa^utem litem contesta-- tús fuisset, foret negligentia" (GOTOFREDO, "Co-- dex Theodosianus cum perpetuis Commentariis", I Lipsia, 1736, 429)

Respecto a la prescripción adquisitiva, sin embargo, Vid. Codex 7, 33, 1 y 9 (el art. en -- cuestión respecto a la usucapión, encontraría -- una cierta justificación)

- (64) Reparese en que tal tipo de reclamaciones ha si do colocado por el legislador en el capítulo re servado a la prescripción de acciones y no en -- el de la usucapión; adviértase por otro lado que se habla de "acreedor" y no de propietario, o -- titular en general. Y bien ¿se trata de un mero desliz?. Así lo cree DIEZ FICAZO ("La interrup-- ción,...", cit, pág. 49) quien entiende que la -- reclamación extrajudicial no se refiere exclusi-- vamente a los derechos de crédito. Nosotros, -- por contra, opinamos que el legislador, en este punto, ha pretendido, siquiera parcialmente, -- ser fiel continuador de la tradición romana: ni el Cc. napoleónico ni el Proyecto de 1.851 admi-- tían la interpelación extrajudicial en ningún caso; el legislador de 1.889 la consideró res--

pecto a los derechos de crédito, más exactamente para las acciones personales, pero no para las acciones reales ni en consecuencia, respecto a la usucapión. En este punto se trata de un continuismo de lo romano.

(65) Así, y aún en contra de multitud de textos romanos, nos atreveríamos a afirmar que el efecto - interruptivo habría que anudarlo no a la *litis-contestatio*, ni siquiera a la *conventio* sino a la petición -presentación ante el juzgado de su *libellum*- del actor.

(66) La "racionalidad" de una determinada cuestión - se establece, claro está, en base a una también determinada concepción. Para una mentalidad continental actual no tiene por ejemplo "sentido" que se de una prescripción adquisitiva del bien X sin que antes -o a lo sumo al mismo tiempo-- se de una prescripción extintiva de la acción -reivindicatoria del antiguo titular del bien -- (Sent. 29-2-1.932, 7-7-1.921). Para un romano - de la época clásica, por contra, tal "superposición" y "supervivencia" resultaba lógica y coherente (piénsese en la *Actio Publiciana* y en -- general en toda la labor del pretor *ad laterem* del *ius civile*) -un réquicio de esa genuina mentalidad romana se ha querido encontrar en la -- combinación de los arts. 33 y 35 LH -

Y si todo esto se anuda a la figura de la ca ducidad se comprenderá cómo no es "absolutamente" contra rationem la posibilidad de una usucapión unida a un plazo de caducidad de la acción del antiguo titular: caducada la acción del extitular usucapiante "podría" continuar en la detención de la cosa -pero no como propietario- -- hasta que, consumado el plazo de prescripción -adquisitiva, deviniera a su vez titular. Tal -- "posibilidad" es , cuando menos, rara en nuestro ordenamiento.

VII. COMIENZO, DESARROLLO Y FINALIZACION DE LOS
PLAZOS DE PRESCRIPCION Y CADUCIDAD

Convendremos ab initio en que tanto^{ca} la prescripción como la caducidad exige un plazo concebido para la realización de una actividad (1).

A. efectos meramente discursivos entenderemos por prescripción "extinción de una acción a causa de su no ejercicio durante el transcurso del plazo -paralizable- fijado para el mismo" y por caducidad la "extinción de un derecho a causa de su no ejercicio durante el transcurso del plazo ininterrumpible fijado para el mismo".

1. COMIENZO DEL PLAZO

Iniciaremos la exposición refiriendo el tema a -- las acciones. Puede pensarse que, puesto que acciones son un tipo particular de derechos, las conclusiones que obtengamos nos serán de utilidad respecto a la caducidad.

1.1 Necesidad de distinguir entre nacimiento de --
la acción y nacimiento del plazo para ejercerla

Muchas y muy diversas han sido las teorías que -- han intentado explicar el nacimiento de la acción (2)

Se ha polemizado, de otro lado, si la acción -derecho- puede ser al mismo tiempo un deber (3). Afortunadamente no necesitaremos ocuparnos de estos temas.

Ha sido en gran parte el deseo de fijar una regla "segura" al inicio del cómputo de la prescripción lo que ha llevado a la doctrina a preocuparse del tema de la actio nata (4)

La ley, en tema de prescripción, acaso por cautela, acaso por simple practicidad, rara vez emplea la expresión "la acción nace ..."; suele limitarse a -- afirmar que "la acción caduca, prescribe..." (5). Lo mismo viene ocurriendo con la jurisprudencia. Siguiendo el criterio práctico de la ley estudiaremos no -- cuándo surge la acción sino el plazo para ejercitarla.

Nuestro código civil distingue perfectamente entre nacimiento de la acción y nacimiento del plazo para ejercitarla: no siempre que la acción ha nacido, ha nacido el plazo para ejercitarla; (6) pero siempre que el plazo para ejercitarla ha nacido, también lo ha hecho la acción (Vid. Setn. 24-1-1.928). La regla tipo incluiría entonces que la acción surja o antes o al tiempo de la posibilidad de su ejercicio.

1.2 Necesidad de distinguir entre nacimiento del plazo para ejercitar la acción "a los efectos de interposición de demanda" del plazo para -

ejercitar la acción "a los efectos de pres-
cripción/caducidad

Supongamos que la acción nació en el momento A y el plazo para su ejercicio en B teóricamente, nada impide al legislador fijar un "plazo de ejercicio de la acción a los efectos de la prescripción" que comience v.g. en A (o incluso antes de A) y que termine antes de B, en B o mucho después de B.

Lo que queremos con todo ello decir es que no hay ninguna razón causal -a lo sumo lo será lógica- que asegure que el plazo de ejercicio de la acción fijado a unos "efectos". -v.g. la interposición de la demanda- coincida con el plazo de ejercicio de la acción fijado a "otros efectos" -por ejemplo para que la extinción por prescripción se produzca-. Entre uno y otro no hay relación de genus a species sino de igual o igual.

Las distinciones hechas, irrelevantes en apariencia, son de vital importancia en la práctica, sobre todo en materia de irretroactividad de leyes (7) y declaración de inconstitucionalidad de disposiciones generales con fuerza de ley (8)

1.3. No existe una regla única para determinar el
termino 'a quo' de los plazos de prescripción
y caducidad

Ya estemos ante un supuesto de prescripción, ya ante uno de caducidad (9) no cabe hablar, según hemos visto de un criterio absolutamente inquebrantable a la hora de fijar un término a quo del plazo. Las dificultades en la práctica se amontonan (10)

Fijados los postulados anteriores lo cierto es -- que:

- Los plazos de prescripción no necesariamente han de comenzar en base a criterios subjetivos (11); - de hecho la regla del art. 1.969 no es estrictamente subjetiva (12); de otro lado, se han examinado casos de prescripción en que lo predominante es el criterio objetivo a la hora del inicio del plazo. - (13).
- Los plazos de caducidad no necesariamente han de comenzar de modo objetivo; es más, el código civil en mano, puede sostenerse que la regla general para la caducidad también es el art. 1.969. (14)

Entre plena objetividad y plena subjetividad no existe sino un continuum. En la práctica se observa que la mayoría de los casos de prescripción se acercan más al extremo de los subjetivo mientras que los de caducidad, aún pudiendo tener como regla general también el art. 1.969, admiten más "excepciones" a tal regla, orientándose tendenciosamente por lo objetivo.

Casos de prescripción o caducidad dignos de parti

cular estudio serían los relativos a la condena gené
rica (15), y la prescripción penal (16) -relacionán-
dola a su vez con la prescripción de la responsabilii
dad civil derivada de delito- (17)

Y bien ¿acaso una regla general y unas excepcio-
nes, una tendencia hacia uno u otro extremo de los -
señalados -a su vez con excepciones-, pueden marcar
un tajante deslinde prescripción/caducidad?. Eviden-
temente, de existir, no es aquí donde buscarlo.

2. DESARROLLO

Al acometer un genérico estudio de los plazos observamos en general eran susceptibles de multitud de alteraciones. Interesa ahora centrarnos en dos de -- ellas, interrupción y suspensión, a fin de constatar hasta qué punto es cierta la diferencia que normal-- mente suele establecerse entre prescripción y caduci-- dad: la primera sería susceptible de interrupción y suspensión; la segunda ni de lo uno ni de lo otro -- -o acaso sólo de suspensión--.

2.1. No existen ni causas "per se" de suspensión ni tampoco causas "per se" de interrupción

Suele anudarse la posibilidad de interrupción exclusivamente a los plazos de prescripción (así por -- ejemplo, se habla de interrupción en los plazos de -- prescripción de la responsabilidad penal (18) o los de prescripción de la acción civil derivada de accidente de circulación (19))

Nadie dudará por otro lado que la caducidad y v.g. régimen solidario (20) o de mancomunidad (21) son -- instituciones entre sí perfectamente compatibles. -- Así, por ejemplo, la demanda interpuesta por uno de los acreedores solidarios impide que la acción cadu-- que --siquiera fuese respecto a los demás--.

El problema que ahora nos ocupa sin embargo es --

muy diverso: se trata de ver si, independientemente del ordenamiento en cuestión de que se trate, existen causas "per se" de interrupción o suspensión; su poniendo una respuesta negativa a esta primera cuestión, se trataría de ver si dentro ya de un determinado ordenamiento jurídico, existirían causas "per se" motivadoras siempre o de interrupción o de suspensión. Procedemos a un estudio conjunto de los dos interrogantes en cuestión.

Existen ciertamente criterios orientativos de --- cuando un hecho va a interrumpir o bien suspender un plazo determinado de prescripción o caducidad en curso (22). Un estudio particularizado de los hechos, - sin embargo, nos demuestra que también un hecho normalmente originador de suspensión puede provocar interrupción y viceversa. Nos referiremos concretamente a las siguientes causas interruptivas/suspensivas:

1. Interrupción/suspensión y defectuosa integración del contradictorio (23)
2. Art. 68 ~~Regl~~am. 28-12-1.938 (24)
3. Art. 2.952,4 Cc. Italiano (25)
4. Interrupción permanente-interrupción suspensiva(26)
5. Interrupción/suspensión: aplazamiento (Stundung) (27)
6. Arts. 746 y 749 LECr. (28)

Esperamos haber demostrado como ni siquiera a nivel de derecho español se puede defender que "los motivos" de suspensión siempre suspenden y los de interrupción -en su caso- interrumpen.

2.2. Los plazos de caducidad son susceptibles de suspensión

Se trata de un corolario de lo anterior. Menciona^uremos como "probables" supuestos de suspensión del -plazo de caducidad:

- Ley de Desbloqueo de 1.939 y art. 955 C de c. (29)
- Suspensión convencional y exceptio pacti sive doli (30)
- Suspensión legal ab initio o durante el transcurso del plazo (31)

2.3. El ejercicio del derecho sometido a plazo de prescripción/caducidad no es una causa más -de interrupción

Si hubieramos entendido, en pura hipótesis de trabajo, por prescripción/caducidad la "extinción de un ... a causa del transcurso del plazo .. fijado para su ejercicio" en vez de la "extinción de un ... a causa de su no ejercicio durante el transcurso del plazo fijado para el mismo" no nos sentiríamos con fuerza para enunciar el título que precede (32)

Tal y como resultan definidos prescripción y caducidad, por tanto, sí cabe afirmar que sólo el ejercicio del derecho -en el caso concreto de la prescripción de una acción- "interrumpe" siempre el plazo en cuestión/(33). Sin perjuicio todo ello de que la interrupción motivada por tal ejercicio se prolongue -o no en el tiempo; sin perjuicio también de que por virtud de una no muy "racional" penalidad el ejercicio del derecho en cuestión pueda entenderse como no acaecido (34)

Definidas así prescripción y caducidad, puesto -- que ni una ni otra se concibe sino en función del -- ejercicio -o no- del derecho en general/acción de -- que se trate, se comprenderá que entendamos que más que de interrupción a secas deba hablarse en caso de ejercicio del aliquid a extinguir de "interrupción -cualificada" de la caducidad/prescripción (35)

2.4. Lo que se interrumpe o suspende es el plazo.
... no la prescripción o caducidad

Se trata nuevamente de una coherencia con la definición adoptada. Si por prescripción/caducidad entendemos "extinción ..." es evidente que la extinción en sí, ni se interrumpe ni se suspende: sólo caba -- que llegue -o no- a producirse; lo que realmente se interrumpe/suspende es no la prescripción/caducidad sino el plazo para que una u otra llegue a producir-

se (36)

2.5. El reconocimiento del deudor puede "impedir"
la caducidad

Convendremos en que la distinción entre paralización de un determinado plazo de prescripción/caducidad e impedimento de la prescripción/caducidad se cifra en que, en la paralización es el plazo original -aunque revitalizado- el que continua en vida mientras que en el impedimento aparece "ex novo" un plazo para el ejercicio del derecho (37)

Así las cosas habrá de admitirse que, bajo determinadas circunstancias, el reconocimiento del deudor "impide" la caducidad, v.g. en el caso del art. 2966 Cc. ital. (38). Todo ello independientemente de la problemática propia del reconocimiento en sí (39)

2.6. Hoy por hoy, lo único que con "cierta" seguridad se puede afirmar es que el plazo de caducidad de la acción no es interrumpible por reclamación extrajudicial

Siendo, como es, a) que no existen causas objetivas de interrupción o suspensión b) que el plazo de caducidad es susceptible de suspensión c) que la -- distinción efectos del impedimento- paralización (un caso concreto sería la interrupción) es meramente -- subjetiva, ¿cómo atrevernos a afirmar que el plazo -

de caducidad "siempre" es ininterrumpible?

Nos contentaremos con postular que el plazo de ca
ducidad de la acción no es ^{"en principio"} susceptible de interrup--
ción por reclamación extrajudicial (40)

Normalmente, no cabrán tampoco otro tipo de inte--
rrupciones en los plazos de caducidad -refiriéndola
ya no sólo a la acción sino a los derechos en gene--
ral- . (41)

3. EXTINCTION

Veamos si acaso este es el momento oportuno para fijar la distinción prescripción - caducidad.

3.1. No es esencial a la caducidad su estimación de oficio como tampoco lo es a la prescripción su estimación a instancia de parte

Conviene tener presente desde un principio que -- se habla aquí de prescripción/caducidad en sentido -- muy definido --referido exclusivamente a derechos y no a testamentos, legados, etc - (42)

Los argumentos que sostienen la no necesidad de -- estimación de oficio para que pueda hablarse de caducidad son:

- Art. 2969 Cc. ital. (43)
- Las condiciones impropias en relación al dictamen C. Estado 12-5-1.949. (44)
- Art. 307 Cpc. ital. y 388 Cpc. francés -antiguo-(45)
- Art. 355 R.H. (46)

Respecto a la posibilidad de que la prescripción sea estimada de oficio destacan:

- Art. 67 LGT (47)
- La prescripción de los delitos (48)

3.2. Renuncia a la prescripción y a la caducidad

Que un derecho sea indisponible no implica necesariamente su sometimiento a caducidad (49). Tampoco, -por otro lado, según se vio, todos los derechos sometidos a caducidad son indisponibles.

Se acepta pacíficamente que la prescripción ganada -y también la caducidad- son susceptibles de renuncia (50). Lo que resulta discutible es si se puede disponer sobre el plazo de prescripción/caducidad en curso.

Respecto a la prescripción no vemos inconveniente en admitir la validez de convenciones sobre el plazo siempre que, fijado un determinado momento, no se adopte un plazo superior al previsto por la ley (51)

Por lo que a la caducidad se refiere no creemos -poder formular una regla general: cuando se trate de derechos disponibles sometidos a caducidad se aplicaría idéntica regla que si se tratara de la prescripción; en caso de indisponibilidad de los derechos en cuestión más bien parece que no deba admitirse tipo alguno de convención (52)

(1) El concepto "unidad" es esencialmente relativo: la presentación de la demanda ¿es un único acto o más bien un conjunto de actos -entrega al Secretario, dación de fe del mismo, archivo, etc.-; la actividad del usucapiente, por contra, ¿es un conjunto de actuaciones o tal vez una única actuación -a lo largo del tiempo-?. Del mismo modo que la matemática juega con el número "uno" como mero elemento de trabajo, así también nosotros -emplearemos el continente sin entrar en el contenido -que cada uno estime lo que más oportuno le parezca sobre si, dado un caso concreto, existe o no una única actividad-

(2) Por mencionar las mas conocidas citaremos:

- La teoría de la lesión del derecho (Savigny)
- La teoría de la insatisfacción de la pretensión (Unbefriedigkeit des Anspruchs, de Windscheid).
- La teoría de la violación (Gullón)

Lo cierto es que las teorías en cuestión ~~no~~ resuelven definitivamente -acaso porque no es ello posible- el tema de la actio nata: ¿cómo explicar el surgimiento de la llamada acción meramente declarativa? ¿Cómo el de una acción constitutiva? ¿y si se trata de una acción ejercitada para pedir una condena de futuro -si no se --

ejercita en ese caso una acción entonces ¿qué -- se ejercita?--?

Sobre el tema Vid. DIEZ PICAZO-GULLON, "Sistema ..." cit. pág. 505 y ss; ALAS, DE BUEN, RAMOS "De la prescripción ..." cit. pág. 138 y ss.

- (3) Así lo entiende DE CASTRO, "Temas ..." cit. pág. 145; ROMANO, ("Fragmentos de un Diccionario Jurídico", tr. Sentís Melendo y Ayerra, Buenos Aires 1.964 pág. 346) por contra, entiende que "un derecho, así como también un poder, ^{no puede ser un deber} porque una cosa no puede ser lo contrario de ella. La verdad es que un poder puede implicar deberes pero..... sin coincidir con él. Por ejemplo ... se puede ser libre para ejercitar o no una función pero, si se la ejercita, se podrá tener el deber de -- ejercitarla en un determinado sentido".

Aún entendiendo antitéticos poder y deber, suponiendo "coherencia en el ordenamiento jurídico de que se trate", se nos antoja que tanto De Castro como Romano arguyen correctamente: ¿Qué duda cabe que una determinada posibilidad de actuación puede resultar contemplada en dos o más normas jurídicas! Pues bien:

- Si fijamos la atención "individualmente" en cada una de las normas en cuestión, puede ocurrir que lo que según una es un derecho, en otra resulte deber.

- Si fijamos la atención "de modo global" en el conjunto de las normas en cuestión, el engarce lógico -de subsunción, etc. entre las mismas- hará prevalecer una de ellas y por lo -- tanto no podrá hablarse sino de derecho "o" de deber.

Se trata, como se observa, de una mera apreciación subjetiva en el punto de partida.

(4) Ese es clarísimamente el caso de GROPALLO ("Contributi ...", Cit. Pág. 6) quien elabora la teoría de la "raggione positiva".

Parte él de la distinción pretensión y deber: la pretensión es actual; el deber, potencial, só lo llega a ser actual con la "estrinsecazione" - de la primera. Así las cosas, la acción, afirma, "nasce soltanto con l'estrinsecazione della pretesa, quando cioè al diritto di pretendere la presgtazione si associa il dovere correlativo della - contraparte e la raggione positiva è perciò perfetta".

La teoría de Gropallo, sin embargo, no resulta tampoco definitiva:

- Resulta forzada cuando se aplica a las servi-- dumbres in non haciendo.
- El deber, según parece deducirse de la cons--- trucción de Gropallo, no puede ser anterior a

la pretensión. ¿Cómo explicar entonces, sin re
ducción tautológica, que una acción pueda na--
cer de modo objetivo- Art. 1.969 Cc a sensu con
trario en relación a art. 1.932,2 y 1.934-?

Otro caso similar es el de CARNELUTTI ("Apunti .
..." cit. pág. 39). Parte de la correcta conside
ración de que "non sempre un atto illecito a dan
no del titolare del diritto è necessario affin--
che corra la prescrizione". Lo que ya no resulta
tan convincente, ^{¿nuestro juicio,} es que "la regola: toties praes-
cribitur actioni nondum natae quoties nativitas
eius est in potestate creditoris, deve considera
ssi non già come una eccezione al principio dell'
actio nata, ma come un indice del suo contenuto".
Bien podría ocurrir que tal plazo fuera un plazo
de caducidad -y no precisamente referido a una -
acción- o incluso de "paraprescripción" -supo---
niendo que la acción no hubiera nacido y que se
dieran todas las condiciones de la prescripción
salvo su referencia, como es obvio, a una acción-
Da la impresión que se juega con la teoría de la
actio nata como "comodín".

Veamos un caso concreto: una letra girada a -
un plazo vista (Art. 451,1; 445,2 C de c). El te
nedor, respecto de ella, tiene las siguientes --
cargas:

1. Presentación de la letra a la aceptación (de

lo contrario, queda perjudicada, art. 469 C.
de c)

2. Protesto por falta de aceptación
3. Presentación de la letra al cobro
4. Protesto por falta de pago
5. Notificación del protesto

Nos preguntamos ¿cuándo nació la acción?. No hay ninguna "razón objetiva" que obligue a anu--
dar el nacimiento de la acción a ~~1~~ --o incluso
a algún hecho anterior- Y si eso es así ¿caso
porque anudemos la actio nata v.g. a 4 habremos
de dejar de aplicar las reglas de la caducidad
-recuérdese que en la época en que la regla ^{citada} fue
formulada la caducidad aún no había sido desga-
jada de la prescripción- o de la prescripción
-puesto que no nos hallaríamos ante una acción,
habría que hablar de "paraprescripción"- a los
plazos en cuestión?

La solución de Carnelutti nos parece una re-
ducción tautológica. Opinamos por contra que la
regla "toties ... creditoris" no quiere decir -
ni más ni menos que lo que dice: ubi eadem ratio,
ibi eadem dispositio (Vid. GROPALLO, Op.cit. pág
34)

- (5) Aunque podemos estar de acuerdo con PRIETO CAS-
TRO ("La caducidad en el proceso", Trabajos y -

Orientaciones de derecho procesal, pág. 195) en que "para la caducidad no interviene el requisito del art. 1.969 Cc" (idem Sent. 27-4-1.940) - ello ~~no~~ implica que admitamos que para la ~~cadu~~caducidad no rige el principio de la actio nata . - Obsérvese como nuevamente vuelven a confundirse los términos: no es la acción sino el plazo de ejercicio de la misma la afectada por el art. - 1.969. Así las cosas, se comprenderá que también la caducidad -aunque puede no regirla, lo cual es discutible, el art. 1.969 Cc.- es aplicable la teoría de la actio nata.

- (6) Tomemos el art. 1.301 en relación al art. 1.314 Dice el art. 1.301: "La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a co--rrer: en los casos de intimidación:.., desde el día en que ésta hubiere cesado... si la acción se dirigiese a invalidar a... contratos realizados por uno de los conyuges sin consentimiento del otro...desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de - dichoocontrato". Dice el art. 1.314 "... se ex--tinguirá la acción de nulidad ... cuando la co--sa.. se hubiese perdido por dolo o culpa del -- que pudiese ejercitar aquella".

Nos proponemos demostrar cómo, dado los arts.

citados, la acción de nulidad puede nacer en ca sos concretos antes que el plazo de su ejerci-- cio. Sea el siguiente caso hipotético:

- Contrato celebrado por A sin el consentimiento de su conyuge, B
- No se ha disuelto la sociedad de gananciales --ni por tanto el matrimonio-- ni B ha tenido -- conocimiento suficiente del contrato.
- B ocasiona la pérdida de la cosa objeto del -- contrato culposamente.

En el supuesto en cuestión, es evidente que el plazo para ejercitar la acción de nulidad -- aún no ha nacido y sin embargo la acción se ex-- tingue. Podríamos repetir el supuesto para la -- intimidación, etc.

No se piense que "abusamos" de los términos legales. De forma menos rotunda pero también -- convincente la posible separación temporal naci-- miento de la acción- nacimiento del plazo para ejercitarla se desprende de:

- Arts. 1.967 y 1.968 y sobretudo 1.969: éste -- último art. interpretado a sensu contrario, -- nos da pie para afirmar que el dies a quo del plazo de prescripción no siempre coincide con el día a quo en que pudo ejercitarse con lo -- que resulta evidente que aún suponiendo que -- "día en que pudo ejercitarse la acción" y Día

en que nació la acción" coincidieran, el mismo Cc. estaba reconociendo la posibilidad de que nacimiento de la acción y nacimiento del plazo de prescripción no coincidiera en algún caso concreto (El argumento se basa en una su posición errónea pero es lógicamente correcto)

- Art. 652 Cc.

(7) FIORE ("De la irretroactividad de las leyes", - R.G.L.J, 1.889, pág. 338 y ss) entiende que "las prescripciones que estuvieren en curso y no hubiese expirado aún el plazo fijado para las mismas a la fecha de la promulgación de una ley -- nueva, no reúnen los elementos constitutivos y precisos de todo derecho adquisitivo, y por esto deben aplicarse respecto de los mismos las -- nuevas disposiciones legales". Concretando el -- principio enunciado afirma:

- A. Si una ley declara imprescriptible lo que antes era prescriptible, no habiéndose consumado aún el plazo de prescripción de la ley anterior, el aliquid en cuestión ya no podrá ser prescrito.
- B. Si una ley declara prescriptible lo que antes era imprescriptible, el tiempo anterior a la nueva ley no es aprovechable.
- C. Si una ley modifica los requisitos, causas de interrupción o suspensión del plazo de --

prescripción, llevado a efecto bajo la legislación anterior conservan su validez, pero la omisión de cualquiera de los nuevamente establecidos será un obstáculo para que surta efecto la prescripción si su falta hubiera tenido lugar después de la promulgación de los nuevos preceptos legales -suponemos - un plazo de prescripción iniciado bajo la ley anterior y aún no consumado-

- D. La nueva ley que ampliase el termino fijado para prescribir debe aplicarse también a las prescripciones en curso; pero si lo que hace la nueva ley es abreviar la duración del termino procede aplicar el criterio de Savigny, ^{es decir,} dejar en libertad al que quiera prescribir para terminar el lapso de tiempo con arreglo a la antigua ley o volver a comenzarlo en armonía con los nuevos preceptos.

Aparte esta teoría y en general todas las demás que pretenden subvenir a la transitoriedad sobre la prescripción (Teoría de Savigny, Teoría de los derechos adquiridos, Teoría del hecho jurídico cumplido, Teoría de Roubier..; cada una de ellas con sus variantes, Vid. CASTAN, Op, cit, I, 1, pág. 591 y ss) lo cierto es que nuestro Cc. contiene una norma respecto a ésta (copiada del art. 2.281 Cc. francés): la del art.

1.939, que soluciona el problema D. en forma muy similar al criterio savigniano. Aunque literalmente interpretado podría pensarse lo contrario, no parece que en el art. 1.939 el legislador es tá pensando en regular los supuestos A, B y C -- por lo que sería de aplicar las prescripciones -- generales de las D.T (de lo contrario, supuesto que antes de la promulgación del código civil -- se admitiera la prescriptibilidad de determinados derechos, dado por otro lado que el legislador español no copió literalmente el art. 691 -- Cc. francés, ¿habría que admitir que lo antes -- prescriptible, hoy imprescriptible, podría hoy ser prescrito siempre que el plazo de prescripción se hubiese iniciado antes de la publicación del Cc?)

Se hace notar, por otro lado, que ni siquiera en el mínimo ámbito a que pueda referirse el 1.939 Cc. parece ser aplicado por la sala 2ª -- del Tribunal Supremo. Así la Sent. 30-6-1.934 rechazó la aplicación de una ley intermedia que reducía el plazo de la prescripción del delito, ya que, argumenta, para haber tenido aplicación habría hecho falta que el reo "hubiera ganado -- prescripción en el transcurso del plazo señalado en la legislación intermedia ostentando así ante la legislación siguiente un verdadero dere

cho adquirido" (Aparte de "injusta", la solución nos parece contra legem, dado el art. 24 - Cp. -argumento a fortiori, si se admite que en el caso citado no hay retroacción o tan solo -- una retroacción débil- y el art. 1.939 Cc. en relación al art. 4,3 Cc.)

Sea cual fuere la solución que sobre los temas en cuestión se adopte, es lo cierto que --- gran parte de la polémica proviene de una "inconsciente" intelección de la prescripción como algo que ya está en curso al tiempo que su plazo corre. No es así: No es la prescripción la - que se comienza , interrumpe, etc (Vid. art. -- 1.939 Cc. "La prescripción comenzada..."), sino el plazo para que, llegado un día, aparezca la prescripción. Se trata de enfocar -que no de re solver- adecuadamente el problema.

Tratando ahora un tema distinto se observará que para quien admita A) la teoría de los derechos adquiridos y b) que la prescripción se produce no por el mero transcurso del plazo sino - por su alegación -dentro o fuera de juicio-..., resulta un tanto "incongruente" afirmar el respeto del plazo de prescripción consumado antes de la nueva ley caso de que , publicada la nueva ley, el primitivo titular hubiera demandado al "prescribiente" -antes de que él la hubiera

alegado- (la "incongruencia" es salvable aunque con forzamientos)

(8) "SENTENCIA DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD:
PRESCRIPCION Y CADUCIDAD"

Nos encontramos con un tema, no traído aún a abierta polémica en España, como es la repercusión de una sentencia del T. Constitucional, declarativa de la inconstitucionalidad de determinada disposición de carácter general con fuerza de Ley, en las relaciones jurídicas conectadas de uno u otro modo con la Ley que ahora se viene a declarar inconstitucional. En el tema en cuestión la doctrina va a hacer derroche de dogmas ya clásicos, consagrados, olvidando en ocasiones, la justicia del caso concreto.

Declaración de inconstitucionalidad y declaración de nulidad de un reglamento no son del todo parangonables

Dice GONZALEZ PEREZ ("Derecho Procesal Constitucional", Madrid, 1.980, pág. 213) que "si la declaración de inconstitucionalidad de una ley o la declaración de nulidad de un reglamento no determinan por sí solos la nulidad de los actos dictados en su aplicación, es indudable que....

se priva al acto de cobertura legal, pudiendo reaccionarse frente a ellos por los medios jurídicos dentro de los plazos que prevé el reglamento jurídico". La afirmación, sin duda correcta, debe ponerse en relación con los siguientes elementos:

- . Art. 161,1 a) C.E
- . Art. 40 LOTC: "Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes... no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en las que se haya hecho aplicación de las Leyes.... inconstitucionales".
- . Art. 120 LPA: "La estimación de un recurso interpuesto contra una disposición de carácter general implicará la derogación o reforma de dicha disposición, sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma"
- . Art. 161,1,b) recurso de amparo: se refiere a la violación de los derechos y libertades del art. 53, 2 C.E.
- . Art. 109,110 LPA: declaración de nulidad de los actos administrativos bien por la propia Administración, bien en vía contenciosa.

Tratando entonces de realizar el parangón di

riamos:

- "Que la decisión de un recurso interpuesto -- únicamente contra una disposición general (diríamos ahora Ley) no puede pronunciarse acerca de la validez de los actos dictados en --- aplicación del reglamento (ahora Ley) anulado" (GONZALEZ PEREZ, "Comentarios a LPA, Madrid, 1.977, pág. 763-764); sin perjuicio de la facultad concedida en el art. 119 LPA (ahora, - con matizaciones, art. 39 LOTC) y sin perjuicio también de que se acumulen a tal impugnación la de los actos dictados en aplicación - del reglamento anulado (ahora hablaríamos del recurso de amparo, art. 55 LOTC)
- Que "los actos que no eran firmes al dictarse la resolución del recurso... podrán ser impugnados" (GONZALEZ PEREZ, Op,cit) El parangón - respecto a la sentencia declarativa de inconstitucionalidad es perfecto al decirse que "si no se hubiese dictado sentencia firme, podrán agotarse los recursos en cada caso previstos. .. en los que podrá invocarse la sentencia de clarando la inconstitucionalidad" (GONZALEZ - PEREZ, "Derecho...." cit, pág. 247)
- Que "los actos firmes (ahora, sentencias firmes) unicamente podrán ser declarados nulos - o anulados a través de los prodedimientos pre

vistos en los actos 109 y 110 LPA" -(Vid. GONZALEZ PEREZ, Op. cit, nota pág 763)- Es aquí donde se aprecia la gran diferencia entre uno y otro procedimiento pues en la LOTC no está previsto ningún procedimiento parecido al 109 y 110 LPA; en todo caso, cabría intentar un recurso de amparo -contra una sentencia firme- pero, aún admitiéndose tal hipótesis -que la estimamos correcta- los supuestos del art. -- 109 y 110 LPA y los del art. 55 LOTC no coinciden ni de lejos.

Por todo ello consideramos que en la comparación de una y otra declaración debe andarse -- con cautela.

El tema ya se planteó y resolvió en Italia

Hay acuerdo en la doctrina y Jurisprudencia, como indica CATAUDELLA ("Prescrizione, decadenza e situazioni esaurite", Foro padano, 1.970, IV, pág. 10) en reconocer eficacia "retroactiva" -a cada uno considerar si el tal efecto debe o no considerarse retroactivo- a las sentencias -declarativas de inconstitucionalidad con el sólo límite de las "situazioni esaurite". A partir -de ahí todo son disputas. La Corte Suprema Costituzionale, con hábil secundación por parte de la Corte di Cassazione, ha venido a consagrar -

una línea continua en la resolución de tres paradigmas planteados por la doctrina a los efectos de prescripción y caducidad.

--. Resolución del tema.--

1. Se entiende verificada la prescripción/caducidad por el mero transcurso del plazo fijado para el ejercicio del derecho; no es necesaria, por tanto, la alegación -ni fuera ni dentro de juicio- de la prescripción para que ésta surta efectos (C.S.C. Sentenze 30-1- -- 1.962, 10-6-1.966)
2. Cuando la ley declarada inconstitucional no se refiere directamente a la prescripción/ca^uducidad, la prescripción/caducidad consumada conforme a dicha ley antes de la publicación de la sentencia de la C.S.C. es inatacable - (tras la Sent. C.S.C. nº 1 de 1.962, que declara la inconstitucionalidad del real decreto-ley 6-2-1.936 -que limita el quantum de - la acción que a continuación se expone-, la C. di Cassaz. en Sent. 4-6-1.969 afirma que la acción de los dependientes del Estado para obtener el completo resarcimiento de daños derivados de incidentes de servicios p--prescribió, conforme al art. 2.947 Cc. it, - antes de la publicación de la Sent. constitu^ucional.

3. Cuando la ley declarada inconstitucional ---
"colpice proprio la norma che prevede la ---
prescrizione o la decadenza", ha prescrip---
ción/caducidad consumada conforme a dicha --
ley antes de la publicación de la sentencia
de la C.S.C. es atacable (C.S.C. Sent. 15-5-
1.967; tras la Sent. C.S.C. n° 63 de 1.966,
que declaró inconstitucionales los arts. ---
2.948,4; 2.955,2; y 2.956,1 Cc. en lo que se
refieren a que la prescripción del derecho a
la retribución corra durante el contrato -
de trabajo, se niega eficacia preclusiva por
la Corte di Cassaz. -Sent. 7-1-1.967 y 30--
12-1.967- a la prescripción ya realizada an-
tes de la publicación de la sentencia de la
C.S.C.)

---. Planteamiento del tema.---

Hemos preferido, a efectos de claridad expo-
sitiva, comenzar por el final. Ni que decir tie-
ne que a los puntos señalados no se llegó -ni -
siquiera aún hoy en día son plenamente acepta--
dos- sin reticencias de un gran sector doctri--
nal e incluso jurisprudencial. La polémica res-
pecto a cada uno de los puntos en cuestión fue
enconadísima: se discutió si la sentencia decla-
rativa de inconstitucionalidad era de naturale-
za meramente declarativa -de lo que se preten--

día extraer efectos "retroactivos" a la misma-
o constitutiva -pronunciándose por la no "re---
troactividad" de la misma-, etc.

Haciendo parangón con los números citados --
diremos que, a ese respecto, la oposición a la
Jurisprudencia de la C.S.C. y C.C. se planteó -
así:

1.A. La prescripción/caducidad, independiente--
mente de que se produzca ipso iure u ope -
exceptionis, ha de comenzar a correr desde
la declaración de inconstitucionalidad ---
"perchè l'attribuzione di un dies a quo fi
ttizio... contrasta con l'essenza della --
prescrizione, la quala presuppone indeffe-
ttilmente la effettiva esistenza ed opera-
tività del diritto... sicchè contra non --
valentem agere.." (LA VALLE, "La retroa--
zione della pronuncia d'incostituzionalità,
sui provvedimenti e sugli adempimenti ---
amministrativi", Riv. trime. dir. proc. --
civ. 1.963, pág. 919). No es sólo que la -
C.C -v.g.Sent. 17-7-1.974- no siga esta --
orientación sino que además la encontramos
incorrecta. Baste para ello observar, y --
aquí la importancia de la distinción plazo
para ejercitar la acción " a efectos de in
terposición de la demanda" -"plazo para --

ejercitar la acción a efectos de prescripción/caducidad" que la afirmación de que - "contra non valentem agere non currit praescriptio" no es sino una regla "general" -pero no absoluta- para el plazo de prescripción-y acaso de caducidad- Existen ocasiones en que determinadas excepciones --- v.g. las que ahora nos ocupan- imperan sobre lo que resulta el común de los casos.

Por si aún quisiera mantenerse la validez absoluta de la regla citada por La Valle nada obstará a que el caso en cuestión fuera una "paraprescripción" -lo que La Valle no puede "deducir" de la máxima citada - es que, fuera de los casos non valentem agere, no puede extinguirse un derecho por el transcurso del tiempo,- eso ya es un juicio de valor.

La prueba de todo lo que decimos es que en el caso que nos ocupa efectivamente --- "contra non valentem agere, currit praescriptio" (Vid. CATAUDELLA, op. cit. pág 18) -aún habría que discutir si, en el caso en cuestión, el sujeto "podía" o no actuar-

- 1.B. Como dice ORIANI ("Processo di ..." cit. - pág. 11) "basta affermare che l'effetto es^tintivo non si ha se non quando è formula-

ta l'eccezione di prescrizione, sia pure - stragiudizialmente, per escludere in prati ca che il rapporto possa essere esaurito da lla prescrizione".

(Y añade: " non penso in fatti che un dato re di lavoro ad. es. abbia mai eccepito -- prima della sentenza della Carte Const. n° 75 del 27-6-1.968 la prescrizione del diri tto del lavoratore alla indennità che l'art 2120 Cc. non riconosceva, in caso di licen zamento per colpa del dipendente ...") --- ONIDA (cit. en ORIANI, "Processo di ..." - cit. pág. 10-11) por su parte, corrobora - la tesis jurisprudencial, al afirmar que, "un diritto apparentemente disconosciuto - dalla legge inconstituzionale e che se de dotto in giudizio avrebbe invece attenuto riconoscimento a seguito dell'accertamen- to della illegittimità della legge, ma che sia scaduto in prescrizione è ormai venuto meno in forza solo ed appunto del decorso del termine prescrittivo e per questo non può essere invocato neppure dopo che la le gge, la quale apparentemente lo negava, è dichiarata inconstituzionale".

2. Se negó rotundamente el correlativo. Por --- otro lado, la tesis del "esaurimento", dice

CRISAFULLI ("In tema di efficacia di leggi -
inconstituzionali", Giur. Ital. 1.967, pág.
695), "lascia un senso di disagio, sembrando
inappagata un'esigenza di sostanziale giusti-
zia". Ahora bien, el mismo Crisafulli recono-
ce que, sea cual sea la denominación que de-
mos a la norma constitucional (nula, anula-
ble, ineficaz, de eficacia precaria, etc.),
es evidente que la sentencia que la declara
no afecta a las situaciones "esaurite"; en-
tre tales situaciones se encuentran precisa-
mente la cosa juzgada, prescripción y caduci-
dad -entrantes en este grupo-.

3. Se consideró que la seguridad jurídica aún -
en tales casos debía imponerse. Ahora bien,
ZACCARIA ("Sugli effetti nel tempo della pro-
nuncia d'inconstituzionalità di legge che --
sancisce decadenza" Foro It. 1.967, I, pág -
1.514) Comentando la sentencia de la CSC de
5-Mayo-1.967 (que declaró inconstitucional -
un precepto de determinada ley; precepto que
fijaba que el plazo para el recurso al Minis-
terio de Trabajo -o para el ejercicio judi-
cial de la acción- en tema de pensiones fami-
liares corría a partir de determinado momen-
to; la demanda del recurrente no había sido
admitida por los tribunales por presentación
fuera de plazo) reconoce que "se à vero in--

fatti ... che possono vedersi dei rapporti, - dei limiti, cioè, alla cd. efficacia retroattiva delle sentenze della Corte Costituzionale, in quelle situazioni divenute incontrovertibili per il maturarsi di termini di --- "prescrizione" o di "decadenza" o perché definite con "giudicato" ..., è anche vero che, allorquando l'incostituzionalità colpisce proprio la norma che prevede la prescrizione o la decadenza, diventa assai problematico - continuare lo stesso principio".

JEMOLO, per su parte, ("Ancora sulla natura delle sentenze della Corte Costituzionale". Foro It., 1.967, I, pag. 1.371) recuerda cómo publicada la sentencia de la CSC de 10--- Junio-1.966, la Corte di Cassaz. en sent. 7-Ene-1.967 ha juzgado "casable" una sentencia en la que se había declarado extinguidos por prescripción créditos del trabajador surgidos durante la relación laboral, prescripción en todo caso anterior a la publicación de la sent. de la CSC. -se trata de uno de - los casos citados en el correlativo 3-

Sobre el tem, en general, Vid. GARBAGNATI, "Efficacia nel tempo della decisione di accoglimento della Corte Costituzionale", Riv.dir.proc. 1.974, pág. 201 y ss; PALERMO, "Prescrizione e diritti irrinunciabili del lavoratore secondo i principi costituzionali", Massimario Giur. Lavoro, 1.966, pág. 366 y ss; GENTILI BALLESTRERO, "Sugli effetti della dichiarazione di incostituzionalità della normativa sull'imprescrittibilità dei diritti dei lavoratori", Foro, it. 1.968 I, pág. 1.980 y ss.

Los dogmas, la justicia del caso concreto y el arrastre histórico

La solución de la C.S.C. y C.C. es sustancialmente "justa" -justa en el caso concreto, - se entiende-. No se puede "forzar" el encuadramiento del tema en cuestión en figuras tales como nulidad, anulabilidad, etc: o se relajan las condiciones de tales figuras -admitiendo v.g. que también lo nulo o anulable declarado produce "algunos" efectos jurídicos ex tunc- o se busca un tertium genus que recoja el supuesto en cuestión. No es precisamente la "realidad" -la que ha de acoplarse a la teoría.

Hemos observado como la CSC y lo mismo CC -- evita emplear a la hora de tratar las situacio-

nes "esaurite" -agotadas, "épuisées"- el empleo del término "diritto" refiriéndolo a quien se encuentra protegido por tal esaurimento. Se comprende la cautela de los Tribunales: al fin y al cabo, "de haberlo podido evitar", el legislador no habría protegido tal situación. Advertimos en tal postura un doble frente: por un lado, una concepción un tanto "objetivada", desligada del caso concreto, de la justicia; por otro, un arrastre histórico a la hora de emplear el término "diritto". Ahora bien, en la práctica, tan poder legal es el del protegido por un "esaurimento" como el del verdadero propietario - también como el "derecho" a la defensa o a ser oído, o a la prueba, etc.-

Roto pues el frente de lo objetivo y de la tradición, tomando como punto de partida la "realidad", no encontramos reparo en admitir que el beneficiado por el "esaurimento" tiene "derecho" a ser respetado en su situación -a -- otros distinguir, dentro ya del concepto derecho, los tipos de derechos en particular-.

- (9) Un criterio esencialmente "práctico" para deslindar los supuestos de prescripción y caducidad - en el Cc. es el siguiente: el Cc. suele emplear unos términos inusuales para la prescripción -- cuando a un supuesto de caducidad se refiere. -

Así, difícil será que, tratándose de prescripción, el Código civil diga que "sólo ..." o --- bien que "la acción dura...", incluso que "la acción caduca...", etc.

- (10) Dice el art. 136 Cc. que "el marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento. Si el marido falleciere antes de transcurrir el plazo señalado en el párrafo anterior, la acción corresponde a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo. Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero".

A tenor de la ley se presentarían teóricamente las siguientes dudas:

- El marido conoce el nacimiento en el momento "A" antes de la inscripción en el Registro en el momento "B". ¿Desde cuándo hay que contar el plazo, desde A o desde B?.

Suponiendo que lo fuera desde B ¿podría el marido aun antes de B impugnar la paternidad? (Vid. art. 115; Rivero Hdez estima que sí --- pues no se debe perjudicar al marido, al dejarle inerte frente a una tardía inscripción)

El mismo problema se plantea exactamente en -
el art. 1.524 Cc.

Suponiendo que lo fuera desde A ¿interrumpiría/suspendería la inscripción en el Registro el transcurso del plazo?

- ¿A partir de cuándo puede hablarse de heredero -en el sentido usado el término en el art. 136 Cc-? ¿Desde la delación -o incluso antes- ofrecimiento, aceptación, entrega?
- ¿Qué ha de entenderse por "heredero": heredero forzoso, heredero forzoso no desheredado; heredero; legitimarios; legitimarios y legatarios de parte alícuota; herederos y legatarios, etc.
- Un "heredero" impugnó felizmente la filiación. Posteriormente deja de ser heredero -aparece un testamento ológrafo posterior que lo deshereda- ¿Conserva validez su impugnación?. Y al revés, el "nuevo" heredero ¿podrá impugnar la paternidad?

Bastan las dudas expuestas -otras podrían argumentarse- para dejar constancia que la fijación del término a quo del plazo de prescripción/caducidad es algo realmente penoso y dependiente del caso concreto (si todas estas dudas se han encontrado en un solo caso ¿qué podrá pen--

sarse de una generalidad?)

- (11) El único caso en donde parece dominar rotundamente es en el art. 1.968,2 Cc. , tal y como resulta interpretado por la Jurisprudencia, que contrapone al "criterio objetivo" del art. 1969 al del art. 1.968,2: un "criterio subjetivo", más razonable y equitativo (Sent. 24-9-1.965; Vid. también Sent. 12-2-1.970). Esta "absoluta subjetividad" del plazo sin embargo resulta "desvirtuada", si se afirma que:

- Para el comienzo del plazo del art. 1.968,2 - basta que se conozca la existencia del daño y no su cuantía material (Sent. 24-9-1.965; en contra, Sent. 18-5-1.981, 3-6-1.981, 19-11-1.981, y 8-5-1.981 -esta última de la Sala 6ª referida al art. 83 a) Mutual. Prev. Soc. - pues, tratándose de lesiones personales, hay que esperar al momento en que se conozca de modo definitivo la cuantía del daño ya que sólo entonces se podrá valorar y fijar la indemnización adecuada)
- La notificación del archivo de las actuaciones penales al Procurador del perjudicado marca el inicio del cómputo del art. 1.968,2 (Sent. 31-10-1.981; es evidente que tal notificación podría llegar a ser desconocida para la parte)

De modo teórico advertiremos que no es de es

tricta necesidad la interpretación que la Jurisprudencia viene dando al art. 1.968,2. Bien podría entenderse como mero caso particular del art. 1.969 -lo que al legislador le habría interesado al señalar el inicio del plazo "desde -- que lo supo el agraviado" es dejar bien claro -- que no por la mera comisión del hecho culposo, ni tampoco porque el injuriante en público hubiera preferido, en ausencia del injuriado, la imputación debía ex tunc iniciarse el plazo.-

- (12) El art. 1.969 "se refiere... a la posibilidad legal de hacerlo (ejercitar la acción), por lo que sólo deben ser tenidas en cuenta las condiciones o circunstancias personales del titular del derecho cuando la Ley así lo ... prefije como excepción" (Sent. 23-6-1.958; 17-10-1.927; -18-11-1.963, 24-9-1.965, 14-10-1.980, 29-1-1982)

Son concreciones de esta regla:

- El plazo de oposición a la concesión de una marca industrial se cuenta a partir de la publicación de la concesión en el Bol. Registro Prop. Industrial (Sent. 6-4-1.945)
- El plazo de prescripción de la acción para exigir el precio del arrendamiento corre desde que van venciendo las anualidades (Sent. -13-2-1.901)

- Respecto a la acción de reivindicación de bienes concretos de la herencia (Sent. 31-5-1889; desde la muerte del causante), acción para pedir los bienes reservables (Sent. 29-10-1.907; desde la muerte del reservatorio), elevación de renta por el arrendador (Sent. 30-11-1974; desde la negativa del arrendatario), petición de devolución de fianza cancelada (Sent. 27-1-1.922; desde la cancelación, no obstante estar pendiente la aprobación de las cuentas de recaudación a que se refería la fianza, por el Banco de España)
- Si era parte en la causa penal, el plazo de prescripción se cuenta desde la notificación a la misma del sobreseimiento, archivo de la causa, sentencia, etc (Sent. 26-6-1.909, 8-6-1.970, 5-1-1.977); si no lo era, desde la fecha del auto firme (Sent. 3-12-1.931, 23-2-1.935, 31-5-1.978) o la publicación de la sentencia, también firme (Sent. 22-4-1.915, 13-10-1.965, 6-10-1.967, 14-12-1.970)
- En caso de cesión inconsentida, el plazo se cuenta desde que el arrendador pudo conocer el hecho (Sent. 11-6-1.963, 19-5-1.968, 31-10-1.968; A.P. Albacete, 30-3-1.981; A.T. Zaragoza, 16-10-1.981; 15-2-1.975; en la última --- Sent. citada el arrendatario continuó pagando

él personalmente la renta). Relacionado con -- el tema Vid. ACCARDO, "Doloso occultamento -- del debito e impossibilità di agire del creditore", Riv. civ. 1.975, II, pág. 28 y ss.

- Si la acción está continuamente renaciendo cabe ejercitarla en cualquier momento, sin perjuicio de la parte ya prescrita (Sent. 23-6--1.913; se trataba de humos excesivos de la casa vecina; se condenó sólo a los daños ocasionados dentro del año anterior a la interposición de la demanda). En contra, aparentemente, Sent. 12-2-1.981, y T.C.T. 30-5-1.981; 12-12-1.980.
- Desde que recayó ejecutoria existe nuevo plazo de 15 años (Sent. 15-12-1.908)
- Art. 952 C de C no se refiere a las acciones que puedan incumbir en orden al correcto cumplimiento de las prestaciones a los que sean acreedores de las mismas (Sent. 18-2-1.982; -- el plazo surgirá según la regla general)

Por lo que al derecho alemán se refiere el § 198 BGB dice que "die Verjährung beginnt mit -- der Entstehung des Anspruchs"; ahora bien, como afirma el mismo parágrafo se trata sólo del --- "Regelmässiger Verjährungsbeginn": nada obsta a que, en el caso concreto, se anude otro comienzo al plazo. Se trata de una regla parangonable

al art. 1.969 Cc. español, con el mismo tipo -- de concreciones (§ 201... "Die V....beginnt mit dem Schlusse des Jahres...", etc)

SCHULTZ ("Verjährung und Fälligkeit", Juristen-Zeitung, Nov. 1973, pág. 719) anuda la prescripción de los salarios de los trabajadores empleados en la construcción a la exigibilidad de la pretensión ("die Verjährung beginnt mit der Fälligkeit des Anspruchs"). Se trata de la misma regla que la del § 198 BGB. Ocurre que cuando se trata de derechos de obligación la "Entstehung des Anspruchs" deviene "Fälligkeit des A" ("Persönliche Klagerechte verjähren von der --- Fälligkeit der Forderung an ... Dingliche Klage rechte verjähren von dem Augenblick an, in welchem sich ein Dritter mit dem Rechte des dinglich Berechtigten in tatsächlichen Widerstreit --- setze"; DERNBURG, "System des Römischen Rechts" Der. Pandekten achte, ungearbeitete Auflage, -- bearbeitet von Dr. Paul Sokolowski, pág 270 y ss)

En el derecho italiano la regla es también -- la misma. Dice la C. Cass. 5-Jul- 1.973, nº --- 1.893:

"L'art. 2935 Cc., disponendo che la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere si riferisce -- alla possibilità legale... e non... ai semplici

ostacoli soggettivi (come l'ignoranza da parte del titolare dell'esistenza del proprio diritto ...) o ai impedimenti di fatto"

Sobre el comienzo del plazo de prescripción y caducidad en general Vid. MONTEL, "A proposito di inizio del periodo di prescrizione e atti interruttivi della stessa", Temi, 1.960, pág. - 191 y ss; CLEMENT, "De la regla "contra non valentem agere", Paris, 1.902 y BONIFACCY, "De la regle "contra non valentem agere", Paris, 1.901 (¿se trata de que el plazo no comienza hasta -- que desaparece la imposibilidad de actuación o por el contrario el plazo comienza antes y se -- suspende mientras dura la imposibilidad?)

- (13) Así por ejemplo, en el caso de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley con eficacia "retroactiva" respecto a determinados supuestos de prescripción; también art. 1.969, a sensu -- contrario, en relación al art. 1.932 y 1.934 Cc.
- (14) Dos son las razones que apoyan lo anterior:

- El Cc., hasta época reciente, desconoce el -- sentido de caducidad modernamente sostenido -- por la doctrina. (Repárese en que a) ni el código napoleónico ni el proyecto de 1.851 pudieron conocer la obra de Grawein, aparecida en 1.880 --ésta marca el "comienzo" de la problemática sobre la caducidad pero ni siquiera

en Grawein la caducidad aparece como figura - técnica: se halla incluida dentro de la Recht stemporalität- b) el Cc. de 1.889 se apoya - fundamentalmente en las obras citadas anterior- mente c) aunque ciertamente Grawein no es sino el resultado -no la causa- de una consciencia jurídica de la época, no es menos cierto que, ni ^{siquiera} en tal consciencia, como del mismo Grawein se deduce, había cuajado aún plenamente la ca- ducidad como figura autónoma, ni por otro la- do, aún suponiendo que lo hubiera hecho, el - legislador español es amigo de recientes inno- vaciones)

La prueba se halla en que de todas las ve- ces en que el legislador de 1.889 usa el tér- mino caducidad -arts. 411, 871, 730, 743, 102, etc- sólo en una -art. 102 Cc. antiguo- el -- término "parece" ser usado con la concepción actual -y aún entonces el legislador "parece" estar pensando más en la conviv encia poste- rior al error, en la libertad recobrada, etc, que en la interposición de la demanda-.

Luego también a la "caducidad" en princi- pio, sería aplicable la regla general del art. 1.969.

- A partir de las reformas 13-Mayo y 7-Julio de 1.981 resulta acentuado el matiz subjetivo en

el inicio de los plazos de caducidad (Vid. v. g. Art. 136 -"el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento" ; art. 137, 43, etc). Incluso en los casos de claro rigor (v. g. art. 1.301, 2; Vid. Sent. 13-3-1.920, 25-2-1.960) se atenúa el mismo (Sent. 25-4-1.922; se trataba de una transacción que necesaria-- mente había de ser aprobada por los poderes -- públicos; se alega la "prescripción" de la ac-- ción de nulidad; el T.S. la desestima alegan-- do que "dependiendo su eficacia --la de la -- transacción-- de hechos futuros, hasta que es-- tos se realicen no puede contarse el término, según dispone el art. 1.113, o desde el momen-- to en que manifestándose por alguna de las -- partes su propósito de no cumplir lo conveni-- do, se rompe el vínculo)

Nótese como la CSC y C di Cass. italiana -- han tendido también a suavizar el rigor objeti-- vo del inicio del cómputo de los plazos de cadu-- cidad (Vid. CSC nº 174, 12-12-1.972)

- (15) El tema se ha planteado vivamente en Italia por la existencia en el ordenamiento italiano del -- art. 2.953 Cc. que dice: "i diritti per i quali la legge stabilisce una prescrizione più breve di dieci anni, quando riguardo ad essi è inter-- venuta sentenza di condanna passata in giudicato,

si prescrivono con il decorso di dieci anni".

En España encontramos el art. 1.971 Cc.: "El tiempo de la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia, comienza desde que la sentencia quedó firme".

Los arts. no son exactamente correlativos. -- Veamos la polémica, tal y como se planteó en -- Italia y luego, en la medida de lo posible, la transplantaremos a España:

La polémica en Italia

Una condena genérica es una "pronuncia del -- giudice conseguente all'accertata esistenza di un diritto a una prestazione non ancora determinata nella sua quantità" (SATTA, "Condanna generica", en Enciclopedia del diritto, VIII, Milano, 1.961, pág. 720)

Aparte ahora el tema de la naturaleza de tal tipo de sentencia de condena (de condena condicional -Vasalli-, de condena parcial -Carnelutti- de condena con reserva -Rognoni-, "provvedimento cautelare" -Calamandrei ; Vid. CALAMANDREI, "La condanna generica ai danni", en Riv.dir.proc. - civ. 1.933, I, pág. 371-375 y 380-384; ROGNONI, "Condanna generica e provvisoria ai danni", - Milano, 1.961, cap. 4) y los casos concretos en

que parece recogerla el ordenamiento italiano (MONTESANO, "Sulla condanna generica", en Riv. trim. dir. e proc. civ, 1.962, pag. 554 y 559 y ss. menciona el caso de la hipoteca judicial -- surgida a raíz de una condena a una prestación aún no liquidada, al amparo del art. 1.970 Cc. ital. de 1.865; repárese que no es lo mismo sentencia de condena genérica que sentencia de condena futura, condicionada, etc. Vid. art. 657 y ss Cpc. ital. SATTA, ibidem y sent. Trib. Roma, 30-4-1.971) se destaca que la C. di Cass.ital. viene exigiendo a partir de 1.924, para estimar correcta la condena genérica, no ya que el daño sea "presunto" sino que resulte una prueba, si- quiera genérica del mismo (Sent. 7-3-1.924; Vid. ROGNONI, Op. cit, pag. 21 y ss); la exigencia - de la Corte se relaciona con la inseparabilidad lógica que observa CALAMANDREI entre la determi- nación de la existencia del an y el quantum --- ("La separación entre ambos" significa confonde- re l'accidente coll "essenza"), por lo que, a - pesar de los esfuerzos de la C. Cass., no ve -- obstáculo a que, en ejecución, el quantum sea - cero (Op. cit. pag. 365-367).

La Jurisprudencia italiana viene adoptando - al respecto el siguiente criterio:

- La sent. de condena genérica es una sent. no meramente declarativa sino de condena y entra

por tanto en el ámbito del art. 2.953 Cc. (Trb. Napoli 15-11- 1.972); no ocurre lo mismo con las sentencias de condena condicional (Trb. - Roma 30-4-1.971)

- Si el derecho estaba sujeto a una prescripción breve, rige ahora el plazo general y no el -- breve (C.Cass. 16-10-1.958 nº 3.292, in Foro it. 1.958, I, pág. 1.614 y ss)
- ¿Y si el derecho estaba sujeto a un plazo de prescripción superior a diez años o bien era imprescriptible?. Según A. L'Aquila 13-12- -- 1.965 se conserva el plazo anterior (Foro pad, 1.967, I, pág. 289 y ss); en contra T. Roma - 14-5-1.963, refiriéndose también a los dere-- chos imprescriptibles. La doctrina en general opta por la primera solución (Pugliese, Azza- ritti-Scarpello, Andrioli, etc; Vid. PETRUCCI, "Condanna in generale", en Enciclop. del dir. pág. 719)

Sobre el tema Vid. SATTA, "Manual de Dere- cho Proc. Civil", tr. de Sentis Melendo y de la Rúa, I, Buenos Aires, pág. 350 y ss; MARCHINI, "In tema di condanna generica al risarcimento e di prescrizione dell'azione diretta alla liquida- zione del "quantum" " (Archiv. resp. civ. 1.959, prescrizione, 38); RAZZA, "Sentenza di condanna generica e decorrenza della prescrizione", Dir.

e Giurisprud, 1.959, pág. 688 y ss; BOERI, "La condanna generica ai danni e la prescrizione -- del diritto al risarcimento", Archiv, giurid. - della circolazione e dei simistri stradali, --- 1.959 (prescriz. 3); CARUSI, "In tema di condanna generica al risarcimento del danno e di prescrizione da giudicato con particolare riguardo al condebitore solidale rimasto straneo al giudizio", Dir. Autom. 1.965, pág. 212 -Vid. respecto al tema tratado por Carusi la sentencia C. Cass. 14-4-1.972 nº 1.173-.

La condena genérica en España

A este respecto tenemos que decir:

- Que tal tipo de condenas viene admitido en el art. 927 y 928 LEC.
- Que el art. 1.971 Cc. concede un plazo de 15 años (Sent. 15-12-1.908)
- Que el art. 1.971 Cc. no parece tampoco referirse a las sentencias meramente declarativas (por contra sí lo hace el § 218 BGB: "Ein -- rechtskräftig festgestellter Anspruch verjährt in dreissig Jahren, auch wenn er an sich einer Kürzeren V. unterliegt" (Vid. ORIANI, "Proceso di...", cit, pág. 235)
- Que la sentencia de condena genérica es una -

sentencia de condena y no meramente declarativa.

- Que ciertamente el plazo de 15 años también -
rige cuando la acción que dio origen a la senten
tencia de condena estaba sometida a una pres-
cripción corta (v.g. las del art. 1.967)
- Que también en España resultaba dudoso si v.g.
en los supuestos del art. 1.963 y 1.964 in -
initio el plazo para ejercitar la acción real
o hipotecaria, respectivamente, puede superpon
nerse -o no-- al de la actio iudicati.

Aparte la importancia del tema de la condena
genérica en sí, la vía discursiva argumentada -
nos da pie, a nuestros efectos, para afirmar que:

- La actio iudicati no conlleva "logicamente" -
la extinción de la acción que la origina.
- No es "logicamente" correcto afirmar que la -
acción sólo se puede ejercitar una vez. Sólo
"normalmente" la satisfacción del fin que pers
igue la acción se satisfará "uno actu" -esto
acasiona una revisión de la teoría de los de-
rechos de tracto único-.

(16) En España, teniendo en cuenta fundamentalmente
los arts. 112, 114, 116 Cp. cabe afirmar:

- Si el delito es de tracto sucesivo la prescripti

ción no corre sino desde el día en que la serie de actos haya cesado (canon 1.705 CIC de 1.917; así, respecto al "derecho penal administrativo", se afirma que "es erróneo pretender que las sucesivas faltas de puntualidad van prescribiendo... desde su comisión", TCT 1-4-1.981 -se trataba de si era o no aplicable una "sanción administrativa" por reiteradas faltas de retraso-)

- En un delito continuado, la prescripción no corre sino a partir del último acto (Sent. 24 -3-1.941, 22-6-1.945) idem delito masa (Vid. GERI, "Appunti in materia di prescrizione del diritto al risarcimento da fatto illecito permanente", Giust. Civ. 1.966, I, pág. 1.610 ss) Respecto a la acción civil derivada de delito

(17) Los arts. 1.956 y 1.962 Cc. y 117 Cp. resultan insuficientes: El art. 2947 Cc. ital, más técnico, aclara que "il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito si prescrive... del giorno in cui si é verificato... Se per il reato é stabilita una prescrizione più lunga questa si applica anche all'azione civile. Tuttavia, se il reato è estinto per causa diversa dalla prescrizione o è intervenuta sentenza --- irrevocabile nel giudizio penale, il diritto al risarcimento... si prescrive nei termini indicati dai primi due commi (al comienzo del art.),

con decorrenza dalla data di estinzione del reato o dalla data in cui la sentenza è divenuta irrevocabile. Comentando este art. -y el comentario lo creemos parcialmente aplicable a España- se ha dicho:

- Basta la mera tipificación delictual, independientemente de que haya habido o no sentencia en lo penal -v.g. en caso de muerte del que no llegó a ser imputado-, para la aplicación del art. 2947,3 (GENTILE, "Regime della prescrizione in materia di responsabilità civile" Responsad. Civile, 1.958, pág. 301-302)
- En caso de delito privado la prescripción corre desde la "scadenza del termine per proporre la querela oppure dalla data della rinunzia o della remissione della querela già proposta (GENTILE, Op. cit, pág. 302-303; Viff. - DE MARINI, "Prescrizione breve e querela", -- Scritti in memoria di Piero Calamandrei, 1958, III, pág. 179 y ss; VENDITTI, "Sulla prescrizione del diritto al risarcimento del danno - in caso di proscioglimento del reato per difetto di querela", Giust. Civ. 1.959, I, pág. 811 y ss)
- En caso de amnistía la prescripción civil comienza desde la fecha del "provvedimento legislativo e non dalla data della sentenza che lo

applica al caso concreto" (GENTILE, ibidem; en contra ROBERTI, "Decorrenza della prescrizione dell'azione civile nei casi di estinzione del reato per amnistia, etc" Foro, it. 1.957, IV, - pág. 118 y ss) Vid. PERSEO, "Decorrenza della prescrizione, etc" Arch. Giur. Circ. 1.959 --- (prescrizione 21)

Pero hay dificultades que el derecho comparado no puede resolver. Piénsese por ejemplo que el art. 1.962 se refiere a las acciones reales sobre bienes muebles -no a las acciones reales sobre inmuebles, ni a los personales- Por otro lado, repárese que se habla tanto en el art. -- 1.962 como en el art. 1.956 de "hurto y robo": ¿Acaso, por ejemplo, en apropiación indebida -- no será de aplicación? ¿qué habrá entonces de aplicarse?. Conviene poner en relación los arts. citados con el art. 464 Cc.

Sobre el tema en general Vid. CUELLO CALON, "Derecho Penal", I, 2, Barcelona, 1.981, pág. - 789 y ss; MORILLAS CUEVA, "Acerca de la pres--- cripción de los delitos y las penas", Univ. de Granada, 1980; FERRONE, "Sulla prescrizione del diritto al risarcimento del danno da fatto ille- cito" Nuovo dir. 1965. pág. 881 y ss.

(18) En general se sabe que basta la mera interposición de la demanda en el supuesto del art. 1973 para interrumpir el plazo de prescripción (Consulta nº 2: "Prescripción de acciones, interpretación y alcance del art. 1.973 Cc". Rev. Tribunales, 1.920, pág. 35 y 33; Vid. también "Resolviendo una cuestión sobre prescripción de acciones", R.J.C. T. 69 (1952) pág.59 y ss). La "---prescripción de delitos" plantea, sin embargo, las siguientes particularidades:

- A los efectos del art. 113 Cp. no se tienen en cuenta las circunstancias modificativas de la responsabilidad (Sent. 8-6-1.882)
- La ley intermedia, aunque durante ella no se hubiese consumado el plazo de prescripción en la misma previsto, es aplicable siempre que resulte pro reo (Sent. 5-6-1.935; en contra - Sent.30-6-1.934)
- A los efectos de interrupción, no se necesita procesamiento; basta que la investigación judicial se dirija contra determinada persona, aún como mero sospechoso (Sent. 20-11-1.894)
- La prescripción vuelve a correr cuando el proceso se paraliza por incuria del Secretario del Tribunal (Sent. 15-3-1.954; el Secretario no había dado cuenta oportuna de las actuaciones) pero no cuando se aplaza la vista (Sent.

- 11-5-1.908), bien sea por necesidades del ser vicio (Sent. 20-12-1.946), bien por falta de nombramiento del fiscal (Sent. 20-5-1.948), - bien por extravío de actuaciones (Sent. 18-11-1.892), o exceso de trabajo (Sent. 11-6-1942) o incuria del querellante o fiscal (Sent. 14-11-1.957) o por espera de turno para vista -- (Sent. 19-1-1.981) (obsérvese que para nada - se menciona la caducidad de la instancia pe-- nal; lo que no obsta a que, aún cuando hipoté-- ticamente la instancia no fuera susceptible - de caducidad, aún en tal caso pudiera comen-- zar entre tanto un nuevo plazo de prescrip-- ción -teóricamente, no hay contradicción en - lo dicho)
- La circunstancia agravatoria del art. 10, 15 es susceptible de prescripción (Sent. 9-4- -- 1.981)
 - La segunda apertura del sumario es un acto in terruptivo y no suspensivo (Sent. 26-10-1963)

Sobre el tema Vid. GUERRA SAN MARTIN "Pres-- cripción de responsabilidad penal en delitos de imprudencia", Madrid, 1.968.

Respecto a la prescripción de la acción civil derivada de delito decir tan solo que:

- . No es aplicable el art. 1.968,2 sino el gené-- rico a la misma (Sent. 4-7-1.953, 7-1-1.982)

- . La constitución de la parte civil en lo penal interrumpe permanentemente el plazo de prescripción(incluso sin constitución, Sent. 25--6-1.959)

Sobre el tema Vid. MORILLAS, Op, cit; LATA--GLIATA, "Circunstancias discrecionales y prescripción del delito" tr. Fratarcangelli-Cabo, -Madrid, 1.973; CUELLO CALON, Op,cit,pág. 789 y ss; POUPART, "La prescription extinctive en matière de responsabilité civile", Revue. jurif. Thémis, Montréal (Canadá), Vol. 15, 1.980-1.981 pág. 245 y ss.

- (19) Aparte el tema de la posible condena genérica a entrever en el art. 10 en relación al art. 15 - del TR. Ley 122/1.962, 24-Diciembre, sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, interesa - aquí discernir sobre a) si la demanda planteada por el perjudicado -o sus herederos- contra el asegurador interrumpe el plazo de prescripción respecto al asegurado; b) si la demanda plantea da contra el asegurado interrumpe el plazo de -prescripción respecto al asegurador.

Para abordar el tema conviene tener en cuenta la Ley 50/1.980, 8 de Octubre, del contrato de seguro, fundamentalmente sus arts. 23 -el -- término de prescripción de las acciones derivan tes de seguro es inmodificable por las partes,

Vid. art. 2- y 76 -acción directa del perjudicado contra el asegurador, tratándose de seguro - por responsabilidad civil proveniente de daños- Como también abordaremos el tema en Italia se - advierte que allí no se concede una acción di-- recta al perjudicado contra el asegurador, Vid. art. 2952 en relación al 1917 Cc. ital.

Sobre si la demanda planteada contra el ase-
gurador interrumpe el plazo de prescripción de
la acción del asegurado contra el asegurador

El tema en España no ha recibido un tratamiento técnico adecuado. En Italia la cuestión está expresamente resuelta por el Cc. art. 2952: --- "Nell'assicurazione della responsabilità civile, il termine decorre dal giorno in cui il terzo ha richiesto il risarcimento all'assicurato o ha - promosso contro di questo l'azione... La comunicazione all'assicuratore della richiesta del -- terzo danneggiato o dell'azione da questo pro-- posta sospende -no interrompe- il corso della - prescrizione finchè il credito del danneggiato non sia divenuto liquido ed esigibile oppure il diritto del terzo danneggiato non sia prescri--tto"

Si hubieramos de transplantar la solución -- italiana a España, adaptándola, habriamos de dede cir:

- A. que parece más correcto que el plazo de pres
cripción de la acción del asegurado contra -
el asegurador se inicie no con la realiza---
ción del hecho dañoso sino con la reclamación
del perjudicado (todo ello sin perjuicio de
que el asegurado se haya comprometido a la -
denuncia del hecho ante el asegurador, etc)
- B. que, puesto que España no conoce en términos
generales la figura de la suspensión, parece
aún más correcta que la solución propuesta -
en A la tesis que propugna que el plazo de -
prescripción no corra sino desde "cuando fue
ron conocidos los efectos totales de las le
siones -en general daños- sufridos -provo
dos- ..." (Sent. 19-4-1.972; Vid. 16-6-1.975,
9-6-1.976, 20-3-1.978, 9-5-1.979, etc). No -
se olvide sin embargo que en España si exis-
te la acción directa del perjudicado contra
el asegurador -Vid art. 76 Ley 50/1.980-.

Por todo ello, aún cuando conformes con que
que las relaciones asegurado-asegurador se rigen
por el art. 1.964 Cc. y no por el 1.902 Cc. ---
(Sent. 27-1-1.976, 2-7-1.979)

Sobre si la demanda planteada contra el asegurador interrumpe el plazo de prescripción de la acción del perjudicado contra el asegurado

Esté será el caso normal en España, en virtud del artículo 10 TR Ley 122/1.964. El asegurador tiene una responsabilidad limitada; a partir de ese tope, responde el asegurado por virtud del art. 1.902 Cc.

La cuestión planteada no está regulada "legalmente" ni en Italia ni en España; sin embargo, tras vacilaciones, la Jurisprudencia de ambos países ha llegado a una idéntica solución "práctica": la reclamación contra el asegurador interrumpe el plazo de prescripción de la acción del perjudicado contra el asegurado.

Se advierte que en Italia la cuestión debería haber sido menos polémica que en España pues al no haber allí acción directa contra el asegurador, demandado éste, habiéndosele considerado legitimado pasivamente, es lógico que la reclamación produzca efectos interruptivos; en España al existir acción directa contra el asegurador, la cuestión es más peliaguda: se trata de si el ejercicio de una acción interrumpe el plazo de prescripción de "otra" acción.

En Italia la Corte di Appello di Milano comenzó por no reconocer efectos interruptivos a

tal reclamación (Sent. 16-3-1.954, Foro it, --- 1.955, I, pág. 897, con nota crítica de Buttaro) pues ni el asegurador puede decirse que opere e como mandatario, ni representante del asegurado ni tampoco existe fundamento para ver entre --- ellos una comunión de intereses ni con mayor ra zón, una responsabilidad solidaria. Posterior-- mente volviendo sobre sus propios pasos (Corte di App. Mil. 20-5-1.958; en "Assicurazioni", -- 1.959, Nov-Dic, pág. 278 y ss) reconoció defini-- tivamente efectos interruptivos a tal reclama-- ción, en base a una aplicación "analógica" de las normas dictadas en materia de obligaciones soli darias (LUZZATI, "Trattative fra assicuratore - della responsabilità civile e danneggiato ed -- interruzione della prescrizione nei confronti dell'autore del danno", Assicuraz, 1.959, Nov-- Dic, pág 278 y ss, habla de una especie de "ra-- ppresentanza necessaria", en el sentido de "im-- posta dalla legge")

En España también se ha reconocido efectos i nterruptivos a la reclamación (Sent. 2-7-1979, 28-3-1981, 5-11-1981)

En ambos casos, sin embargo, la solución apli cada stricto iure, es incorrecta:

- La solidaridad, aún siendo regla general en - Italia, no puede aplicarse "analógicamente",

máxime cuando el asegurador no responde -salvo art. 1.917 Cc. ital- frente al tercero perjudicado

- En España tendría hasta cierto punto "sentido" que el ejercicio de la acción directa contra el asegurador interrumpa el plazo de prescripción, hasta esa misma cuantía, contra el asegurado; pero no por el resto. En rigor, no -- existe reclamación del todo, encuadrable dentro del art. 1.973 Cc, en el caso en cuestión.

Aunque "incorrecta", la solución es justa. No es la solución sino la ley la que en casos como este debe ceder.

De todo lo dicho lo que más ha de interesarnos a la hora de la distinción prescripción/caducidad, es el art. 2.952, en el apartado en el que afirma que "la comunicazione all'assicuratore... sospende il corso della prescrizione". En posterior apartado volveremos sobre el tema.

(20) Ley española -civil- en mano, nos encontramos - con que:

- La solidaridad es la excepción, frente a la - regla general de la mancomunidad -strictu sensu- (art. 1.138 Cc)

- Se impone l.c. facultativo en las obligaciones solidarias, ya que en la parte activa --- (1141), ya en la pasiva (1144); se exceptua - el caso de obligaciones solidarias indivisi-- bles, en que se impone l.c. pasivo necesario (1139)
- La interrupción del plazo de prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acree-- dores y deudores (art. 1.974)

Lo que ya no resulta tan claro es si la sentencia dictada en juicio seguido por/contra solidarios afecta a los no litigantes en virtud de la cosa juzgada (argumento art. 1252, 3; se trataría de un l.c. cuasinecesario, Vid. RAMOS MENDEZ, "Derecho Proc...", cit, pág. 279-280) o por virtud del pago (argumento arts. 1145 y --- 1148; GOMEZ ORBANEJA, I "Derecho...", cit, pág - 499 y ss). La discusión, según creemos, se arraiga por la desafortunada inclusión del párrafo - 3 del art. 1252 que a todas luces -aún contra - razón- dice que en caso de l.c. existe exten--- sión de la cosa juzgada a los l.c. no litigan-- tes (se comprende cómo en ocasiones, movido por criterios de justicia -a veces a una incorrec-- ción, art. 1252,3 Cc, no cabe mejor "enmienda" que otra incorrección; exigencia de l.c. neces-- rio- el T.S. haya exigido en estos casos un l.c

necesario). Hasta tal punto es ello cierto que si se elimina la regla del art. 1252,3 y se sustituye por una del tipo "la sentenza pronunciata tra il creditore e uno dei debitori in solido, o tra il debitore e uno dei creditori in solido, non ha effetto contro gli altri..." Gli altri debitori possono opporla al creditore, -- salvo che sia fondata sopra ragioni personali -- al condebitore; gli altri creditori possono farla valere contro il debitore, salve le eccezioni personali che questi può opporre a ciascuno -- di essi" -art. 1306 Cc. ital.- la disputa quedaría ciertamente aminorada, sin perjuicio todo ello de que la sentencia firme de condena respecta a un deudor solidario transforme una prescripción breve en la prescripción de 10 años del art. 2953 Cc respecto a los codeudores solidarios ajenos al juicio (Cass. 14-4-1.972; Vid. -- SCUTO, "La valutazione della prescrizione nell'obbligazione solidale passiva", Dir e Giurispr. 1.961, pág. 161; CARUSI, "Ancora in tema di --- opponibilità della conversione della prescrizione prevista dall'art. 2953 Cc. al condebitore -- solidale rimasto estraneo al giudizio", Dir. -- Autom. 1.966, pág. 127 y ss). Sobre el tema en general Vid. CARUSI, In tema di "...", cit, pág. 212 y ss; BRIZZI, "Ancora sulla prescrizione -- del diritto di regresso del condebitore solidale

solvente", Dir e Giur. 1.966, pág 58 y ss, refiriéndose ya a la repetición del codeudor.

Y si todo esto es así para la prescripción - ¿por qué no va a ser valido también para la caducidad?. No pretendemos decir que a la caducidad sean aplicables las mismas causas de "interrupción" que a la prescripción sino que, cuando la caducidad pueda "interrumpirse" -v.g. por ejercicio de la acción caso de caducidad de una acción- , también entonces la interrupción aprovecharía a los demás solidarios (estamos suponiendo todas las demás condiciones del art. --- 1974,1)

- (21) Dice el art. 1974, 3: "En las obligaciones mancomunadas cuando el acreedor no reclama de uno de los deudores más que la parte que le corresponda, no se interrumpe por ello la prescripción respecto a los otros codeudores". El art. ha recibido principalmente dos interpretaciones:
- Se da al término "mancomunidad" el sentido de "solidaridad": se trata de un continuismo terminológico respecto al Proyecto de 1.851, arts 1056 y 1988 (Bernaldo de Quiros, cit. en DE CASTRO, "Temas...", cit, pág. 165-166). A favor de este argumento milita el art. 1138 y -

1139 Cc.

- Se refiere a las obligaciones mancomunadas - pasivas (DIEZ PICAZO. "La interrupción..."cit. pág. 60); en las activas cada acreedor podría interrumpir por sí en beneficio de los demás -el art. 1139 no habla de los actos que "beneficien" a los demás acreedores-: resulta muy improbable que, dentro del mismo art, en el - primer párrafo el legislador sí hubiera interpretado correctamente el sentido del término - mancomunidad en el Proyecto de 1.851 y a renglón seguido, errara -no es menos cierto que en el Proyecto de 1.851 primer y segundo apartado figuraban en otros artículos diferentes-.

Aparte la polémica, lo que ciertamente resulta claro es que el régimen de las obligaciones mancomunadas -strictu sensu- indivisibles (v.g. art. 1150 Cc.; no hay contradictio in terminis: la mancomunidad se refiere a que cada uno responde de su parte; la indivisibilidad a que la obligación no es susceptible de cumplimiento parcial) se rige por el art. 1139 Cc.

Tampoco existe dificultad de ningún orden en casar obligaciones mancomunadas, divisibles o -- indivisibles, y caducidad

- (22) Dice MICHELLI ("Sospensione, interruzione ed --
estinzione del processo", Riv. D. Pr. Civ. 1942
I, pág. 13) que "la sospensione (del proceso)
avviene per un fatto volontario... mentre l'in-
terruzione si verifica per fatto independiente --
dalla volontà dei subbietti del processo".

ORIANI ("Proceso di...", cit, pág. 223-225)
refiriéndose al derecho material, afirma que --
"la suspensión si ha perché il diritto non può
essere fatto valere e sorgono gravi difficoltà
al suo Geltendmachung, ovvero perché, pur non --
essendovi alcun ostacolo al suo esercizio, mere
raggioni di opportunità consigliano di attende-
re previamente la definizione di un rapporto --
pregiudiziale... L'interruzione nasce ... dalla
circostanza che il diritto é fatto valere"

Sobre interrupción y suspensión Vid. PRIETO
CASTRO "Tratado de Derecho Procesal Civil", I,
Pamplona, 1.982, pág. 492 y ss.

- (23) El Cpc. ital. (arts. 102) y el Cc. ital. (arts.
2933, 2738) ofrece una construcción bastante --
satisfactoria del litisconsorcio necesario. In-
teresa destacar el art. 102 Cpc, que, para el --
caso de litisconsorcio necesario, ordena que --
"se questo (el proceso) è promosso da alcune o
contro alcune soltanto di esse (los litisconsor-
tes necesarios), il giudice ordena l'interruzio

ne del contraddittorio in un termine perentorio da lui stabilito" Con pie en tal art. BALENA - ("Effetti della domanda e litisconsorzio necessario", Riv, dir, proc, 1.979, pág. 610-641), a los efectos de si la demanda propuesta con defectuosa integración de la litis interrumpe o no la prescripción, ofrece la siguiente solución:

- La primera instancia concluye sin que se advierta la falta de l.c.: la demanda no produce efectos interruptivos.
- La primera instancia no concluye sin que se advierta el defecto:
 - a) El l.c. preterido viene sin ser llamado: - salvo que excepcione la prescripción la demanda tiene ex tunc efectos interruptivos
 - b) El l.c. preterido es llamado por el juez:
 - . Comparece en el plazo señalado y no excepciona la prescripción: la demanda produce efectos ex tunc.
 - . No comparece en el plazo señalado (no comparece o comparece pasado el plazo): la demanda tiene efectos ex nunc
- El juez de 2ª instancia o Casación descubre la falta de l.c. y dispone la integración:
 - a) la reasunción se realiza tempestivamente -

por el l.c. sin alegarse la prescripción:
ex tunc.

- b) La reasunción no se verifica o se verifica
intestestivamente: ex nunc

Por supuesto, si la integración no se realiza, procede dictar sentencia no entrando a pronunciarse sobre la cuestión principal.

Visto el art. 102 Cpc. ital. visto de otro lado el desarrollo que del mismo hace BALENA para la prescripción, nos preguntamos ¿va contra razón aplicar ese mismo desarrollo -adaptado, -claro está- a los casos de caducidad?. Dicho de otro modo ¿es "ilógico" aplicar el art. 102 Cpc. también a la caducidad?. Lo que para un supuesto de prescripción podría plantear un motivo de interrupción, para otro de caducidad, según lo deducido, resultaría ser una causa de suspensión

- (24) "El plazo de prescripción de las acciones emanadas del contrato de transporte... quedará interrumpido por el hecho de presentar la reclamación ante la junta de Detasas competente; y se reanudará desde el día en que al interesado se le notifique la actuación que ponga término en esta jurisdicción al asunto sometido a su examen"

DOMINGUEZ MOLINA ("Distinción entre interrupción y suspensión de la prescripción de las acciones; su aplicación a las derivadas del transporte ferroviario", RJC. T. 47, 1.946, pág. 4 y 13) entiende que tal reclamación interrumpe -no suspende- el plazo de prescripción de la acción; - PENA CARDENAL ("Alrededor de la aplicación al transporte ferroviario de la distinción entre interrupción y suspensión de prescripción de acciones", RJC. T. 50, 1.946, pág. 44 y ss), por contra, ve en ella una causa de suspensión -y no de interrupción- (en idéntico sentido el oficio 20-2-1.945 de la Dirección General de Ferrocarriles)

Aparte la personal opinión que sobre el tema tengamos lo importante es señalar que no es --- "contra razón" que lo que normalmente hoy en día es considerado causa de interrupción -la reclamación previa- por cuanto reclamación extrajudicial, en algún caso concreto sea considerado motivo de suspensión.

Es más: ¿qué sentido tienen hoy en día preceptos tales como el art. 479 LEC o el art. 1947 Cc. cuando se ponen en relación con el art. 1973 Cc.? . Aparte interpretaciones más "rebuscadas" lo correcto parece ser que los arts. 479 LEC y 1947 Cc. de una parte, y 1973 Cc de otra

tengan ámbitos completamente distintos. Volvere
mos sobre el tema.

- (25) Se recordará que, en el seguro de responsabili--
dad civil, el término a quo de prescripción de
los derechos en general derivados del contrato
de seguro "decorre dal giorno in cui il terzo -
ha richiesto il risarcimento allo assicurato..."
(art. 2952,3 Cc). Lo importante ahora es repa--
rar en que "la comunicazione all'assicuratore
della richiesta del terzo... o dell'azione da -
questo proposta "sospende" il corso della pres--
crizione..." (se resalta la disyuntiva "o" em--
pleada; Vid. G.G. "Sulla prescrizione dei diri--
tti dell'assicurato nell'assicurazione della --
responsabilità civile", Responsab. Civile, 1960,
pág. 490 y ss)

Según POGLIANI ("La prescrizione nell'assicu--
razione di responsabilità civile", Responsabili--
tà Civile, 1960, pág. 434 y ss) tal causa de --
suspensión -y no de interrupción- se justifica
en la máxima "contra non valentem agere non ---
currit praescriptio" -Pogliani entiende que la
acción nace cuando el tercero reclama al asegu--
rado- .

MAZZANTINI (cit en ORIANI, "Processo di ..."
cit nota 103, pág. 224-225) por contra, ve en -
tal suspensión un medio de evitar al asegurado

un dispendio inútil de tiempo y dinero pues podría ocurrir que no hubiese daño a resarcir.

SATTA ("Interruzione della prescrizione sospesa", Riv. dir. com. merc, 1.963, II, pág. -- 290 y ss) opina que la razón del párrafo 4º es la misma que la del párrafo 2º.

Sirvan las líneas anteriores para reparar cómo lo que para el Cc. ital. es una causa de suspensión

- a) no parece apoyarse en razones de "imposibilidad legal" de ejercitar el derecho -sopena - de reducción tautológica: hay suspensión --- cuando no se puede legalmente ejercitar el derecho y viceversa- sino más bien en criterios de pura oportunidad (ORIANI, Op. cit. - pág. 223 y ss)
- b) podría, según otros, ser considerado como -- una causa de interrupción -siquiera permanente- .

(26) Una vez ejercitada la acción, en tanto se desarrolla el proceso ¿se da una permanencia en la interrupción o más bien se trata de una suspensión post interruptionem?

El problema parece ser "versallesco"; sirve, sin embargo, a nuestro juicio para aclarar dos

cuestiones: a) que no existen causas "objetivas" de interrupción-suspensión; b) que la distinción interrupción - suspensión no es de causa sino - de efecto.

El tema se planteó en Italia cuando la Corte di Cass. (Sent. 14-6-1.972), teniendo en cuenta que la interrupción de la prescripción en una obligación solidaria, tiene efecto contra todos los acreedores/deudores solidarios (aunque no todos ellos actúen) no ocurriendo así con la suspensión (que "non ha effetti riguardo agli altri," sin perjuicio de la acción de regreso, - art. 1310 Cc) aplicó a la presentación de la demanda el instituto de la interrupción (art. --- 1310, 1 Cc) y a todo el desarrollo ulterior del proceso ~~el~~ da la suspensión (art. 1310, 2 Cc) Esto motivó una serie de pronunciamientos de la doctrina:

- ORIANI (Op. cit. pág. 221 y ss) distingue entre "interrupción" y "no curso" de la prescripción, refiriendo la primera a la interposición de la demanda y la segunda a la duración del proceso. El "non corso" no es una "sospensione" en sentido técnico, afirma, pero tampoco una interrupción permanente, porque de serlo "non si saprebbe da quale momento debba ricominciare a decorrere il nuovo --

termine di prescrizione".

- Plenamente de acuerdo con la terminología - interrupción permanente se muestran AZZARITI -¹SCARPELO (Op.cit. pág. 607)

La sentencia enunciada no tuvo acogimiento - posterior (Vid. Sent. 3-10-1.972, 19-4-1.974). Sin perjuicio de que "ove ... il processo si -- estingua ... l'estinzione toglie valore al pe-- riodo di sospensione successivo alla proposizio- ne della domanda, onde rimane ferma soltanto -- l'efficacia della domanda giudiziale come atto - di costituzione in mora" (Cass. 9-4-1.973 n° -- 1013) -aquí se emplea el término suspensión en sentido no técnico. Vid arts. 2943 y 2945 Cc. - ital.

En España, dado que normalmente la prescrip- ción no admite interrupción, la polémica no ha venido a plantearse: suele hablarse de interrup- ción permanente (Vid. v.g. art. 1945; acciden- talmente se hace notar que la distinción inte- rrupción natural - interrupción civil, introdu- cida por los canonistas, carece hoy de todo in- terés práctico; Vid. BUSSI, cit en DIEZ PICAZO "La interrupción ... ", cit, pág. 26)

Y bien, ¿acaso sería "contra rationem" entender que el proceso suspende y - que no interrumpe- el plazo de prescripción -o incluso caducidad-?. En el derecho canónico se afirma que --- "produce suspensión" de la prescripción la citación ... La prescripción de la acción se interrumpe por sentencia definitiva aunque ésta sea reformada en ulterior sentencia" (Así lo dicen los comentaristas del Canon 1705 CIC de 1917, - B.A.C)

- (25) El aplazamiento (Stundung) ¿interrumpe el plazo de prescripción?. Schwalbach (cit. en CLAUSEN, "Inwieweit schliessen..." cit. 1902, pág. 20) así lo afirma (idem en Derecho español, a tenor del art. 1973 Cc); el § 202, BGB por contra dice que "die Verjährung gehemmt ist solange die Leistung gestundet ist".

Clausen opta también por la suspensión: --- "Schwalbach wendet zwar ein: es sei ungerecht, dass der Gläubiger, der etwa am letzten Tage der Verjährungszeit dem Schuldner stunde, nach ---- deren Ablauf nur einem Tag hätte, um die Forderung einzuklagen; aber dem ist entgegenzuhalten (dice Clausen): dadurch wird doch der Gläubiger nicht schlechter gestellt als vorher" (CLAUSEN. Op, cit. pág. 20)

Lo que en Alemania es causa de suspensión (y parte de la doctrina piensa que debería ser causa de interrupción) en España puede ser causa - de interrupción. Además:

- En Alemania se admite la Hemmung (der Verjäh-rung) no sólo por "höherer Gewalt" sino tam--bien por Rechtsgründen, Stillstand der Rechts-pflege, familiären Gründen, etc. (Vid. § 202 y ss BGB: no sólo la "imposibilidad legal" --sopena una vez más de reducción tautológica-- es causa de suspensión)
- Si existen causas "objetivas" de suspensión - interrupción, o Alemania "se equivoca", o lo hace España

(28) El art. 746 LECr. dice que "procederá... la suspensión del juicio oral ..."; el art. 749 LECr. por su parte, afirma, que "cuando por razones - de los casos previstos en ... art. 746 haya ^{de} prolongarse indefinidamente la suspensión del jui-cio ... se declarará sin efecto la parte del --juicio celebrada, y se citará a nuevo juicio para cuando desaparezca la causa de la suspensión"

Nótese que los arts. en cuestión se refieren a un acto, no a un plazo; la ratio decidendi -- sin embargo, se mantiene: la causa de suspensión puede "transformarse" en interrupción.

- (29) Curiosamente la ley 1-Abril-1.963, modificada - por ley 11-Diciembre-1.942, declaró suspendidos con efectos de retroacción al 17-Julio-1.936 -- los plazos de prescripción de los delitos (re-- cuérdese que no es lo mismo nacimiento de la -- acción que nacimiento del plazo para ejercitarle a efectos de prescripción -Vid. art. 795 C - de c- antes del 1.939 estaba abierto el plazo para ejercitar la acción a efectos de interpo-- sición de la demanda; pero sólo a partir de --- 1.939 comenzó el plazo a efectos de prescrip--- ción)

Reconoce la admisibilidad de los supuestos a citados como excepcionales casos de suspensión del plazo de caducidad la Sent. 27-4-1.940 (Vid. PRIETO CASTRO, "La caducidad ... ", cit, pág. - 196-197)

- (30) DIEZ PICAZO ("La interrupción ... ", cit, pág. 21 y ss) aunque admite que en nuestro derecho -- no hay causas generales de suspensión del plazo de prescripción (a pesar de ello reconoce excep-- cionalmente algunas, Vid. Op.cit. nota 16, pág. 21) afirma que "nada impide ... la validez de - un convenio ... con el fin de establecer unas - determinadas negociaciones sin la premura o la urgencia que ocasionaría el vencimiento del tér-- mino. Creo en cambio -dice Diez Picazo- que no

sería válido un acuerdo suspensivo que se dirigiera, más o menos veladamente, a excluir de -- forma permanente, la producción del efecto prescriptivo" (v.g. suspensión indeterminada)

Supongamos, pese a todo ello, que el plazo - de prescripción no es suspendible convencionalmente. Supongamos, por otro lado, que de hecho se haya pactado la suspensión. El Reichtsgericht el 27-10-1.934 se enfrentó con el siguiente caso: deudor y acreedor habían acordado no proceder judicialmente hasta que hubiese recaído sentencia firme en otro litigio -referido al deudor y a un tercero, pero ligado a la cuestión - actual pues evitaría muy posiblemente el recurso a la vía judicial al quedar claros una serie de temas en disputa- . Recaída sentencia firme el acreedor acciona contra el deudor y éste le opone la prescripción, alegando que no cabe suspensión convencional de la misma . Ante tal diatriba, afirma el R.G:

"La prescripción no está puesta en interés - del deudor sino en base al interés público en - cuanto intenta tutelar el comercio jurídico. -- Por ello la prescripción no puede ser ni excluida ni alargada convencionalmente ... De ello no se sigue, sin embargo, que el deudor se pueda - amparar en la prescripción existente cuando asu

me una actitud que, en base a la buena fe, está en cazo contraste con su comportamiento anterior. En tal caso ... a la excepción de prescripción puede ser opuesta la replicatio doli"

Se trata de una aplicación de la doctrina de estoppel. Vid. DIEZ PICAZO. "La doctrina de los propios actos", Barcelona, 1963; DIEZ PICAZO--GULLON, "Sistema ...", I, pág. 495 t ss; RANIERI "Exceptio temporis y replicatio doli nel diritto dell'Europa continentale", Riv. civ. 1971, I, pág. 253 y ss; DIEZ PICAZO, "Entorno..." cit, - pág. 1000; RANIERI, "Sospensione convenzionale della prescrizione ed exceptio pacti sive doli" Riv. civ. 1971, II, pág. 11 y ss.

El RG admitió la exceptio doli; DIEZ PICAZO admite la exceptio pacti, ambos refiriéndola al plazo de prescripción. Nos preguntamos ¿es ampliable el argumento a la caducidad?. Tratándose de derechos disponibles, aunque sometidos a caducidad, ¿por qué no?. Piénsese por ejemplo, en el supuesto del art. 1490 Cc. -aún cuando -- antes, Sent. 25-5-1.957, se entendía que era -- plazo de prescripción; hoy en día, Sent. 3-4-1.947, se admite sin oposición que es de caducidad-. Nos preguntamos:

- Cambiando el término prescripción por caducidad, en el considerando del R.G., -en el su--

puesto del art. 1490 Cc.- ¿seguiría siendo --
"correcta" la argumentación del R.G.?

- ¿Acaso no "parece" admitir la hipótesis en --
cuestión el art. 2965 Cc. ital. en relación --
al art. 2968 Cc?

De hecho la Sent. 11-5-1.927 afirma que "queda interrumpido el término de la prescripción --
de la acción mientras el patrono cumpla la pro-
mesa que hizo al obrero de darle trabajo duran-
te su vida, por lo que sólo le pagó una suma --
inferior a la indemnización correspondiente al
accidente". Se ve aquí la misma ratio decidendi
que en el caso citado del R.G. (aunque para salvar
el obstáculo que representa la no admisión
en general de la suspensión del plazo de pres-
cripción de la acción en el ordenamiento jurídico
español acuda el Tribunal a la figura de la
"interrupción")

Seguir insistiendo en que el plazo de caducidad
en ningún caso, es susceptible de suspen-
sión convencional conlleva o distanciamiento de
la justicia del caso concreto o la admisión de
un tertium genus entre prescripción y caducidad
(así, TEDESCHI, "Lineamenti... ", cit, pág. 6)

(31) Así v.g. el art. 136 Cc. parece suspender ab initio el plazo de caducidad ("el plazo no correrá mientras..."); así, según antes vimos, el art. 102 Cpc. ital. -con las debidas adaptaciones- es aplicable -porque la ley no dice lo contrario- a los supuestos de caducidad en las leyes españolas.

Un supuesto particularmente interesante lo -constituye la acción de reclamación e impugna--ción de la filiación (art. 131 y ss Cc). Concre--tamente el Cc.declara imprescriptible a la 2ª -para el hijo o sus herederos cuando "falte en -las relaciones familiares la posesión de estado" (art. 137 Cc). Supongamos

- a) que falte en un comienzo la posesión de estado; posteriormente aparece la posesión de estado: parece que en tal caso tiene "racionalidad" sostener que hasta la aparición de la posesión de estado no debe comenzar a correr el plazo (suspensión ab initio)
- b) que en un comienzo no falta la posesión de estado, en un segundo momento sí; posteriormente vuelve a faltar: tiene "lógica" entender que durante el 2º momento el plazo de caducidad quedó en suspenso (suspensión "in tractu"); incluso en determinadas circunstancias -v.g. la suspensión se prolongó durante

muchísimo tiempo- tiene "coherencia" (si se piensa v.g. en los arts. 746 y 749 LECr) sotener que más que suspensión en tal caso cabe hablar de "interrupción".

Se trata de una mera elucubración teórica, - indicativa de que tampoco respecto a las llamadas acciones constitutivas es "contra rationem" hablar de suspensión e incluso de suspensión.

Nos quedaría por señalar como, tratándose de supuestos de caducidad de acción, el T.S. ha venido admitiendo de hecho la "suspensión" de la - misma cuando en determinados casos había una reclamación judicial pero no un verdadero ejercicio de la acción -piénsese por ejemplo que no - se hubiesen cumplido las obligaciones fiscales, o no se hubiesen aportado copias, etc-. Aún cuando en ocasiones se ha mostrado riguroso (y no sólo respecto a la caducidad sino también respecto a la prescripción Vid. Sent. 7-2-1924, -- 19-12-1924 y 30-6-1941) lo cierto es que, normalmente, de hecho, viene admitiendo que lo que en caso de prescripción serviría como reclama--ción extrajudicial cuando menos -al amparo del art. 1973 Cc- en la caducidad serviría como su--puesto de suspensión -ciertamente no recogido - de modo expreso en la ley pero derivado de unos

fundamentales criterios de justicia-.

No se trata de una innovación: ya ROSENBERG (Op.cit. pág. 10) advirtió que también el plazo de caducidad es suspendible.

- (32) Nada obliga, de acuerdo con la primera definición, a que precisamente el ejercicio del derecho "interrumpa" el plazo. Así, suponiendo un supuesto de prescripción de acción, podría pensarse que el ejercicio de la acción -petición-- por sí solo no interrumpiera, exigiéndole otros requisitos -v.g. la citación judicial al contrario- .
- (33) Esta es sustancialmente la idea que late en la Sent. 18-1-1946 del Trb. Firenze: "Impedita la decadenza da un diritto con atto di citazione -también en Italia se acusa el continuismo romano- proposto tempestivamente, rimane fermo -- l'effetto impeditivo della citazione -mejor según pensamos, petición- e l'azione può essere di nuovo esercitata, ove non lo inibiscano le norme sulla prescrizione ,... Pertanto la successiva causa estintiva del processo non può far risorgere ciò che è giuridicamente estinto, con un effetto retroattivo ingiustificato, dato che l'impedimento della decadenza è esclusivamente collegato dal legislatore agli effetti instantanei dell'atto introduttivo del giudizio, non --

alla permanenza in vita de tale atto e tanto -
meno alla emanazione di una sentenza."

- (34) Del juego dà los arts. 2943 y 2945 Cc. ital. se desprende que el efecto interruptivo de la demanda se mantiene aún cuando caduque la instancia -en este último caso la interrupción será - instantánea y no permanente- (Vid. C. Cass 9-4-1973; FURNO, "Estinzione del processo e impedimento della decadenza", en Riv. dir.proc. 1952, II, pág. 111)

Por contra en España el art. 1946 fuerza -pero sólo respecto a la usucapión y no respecto a la prescripción extintiva- a privar de eficacia interruptiva, caso de caducidad de la instancia, incluso al ejercicio de la acción. Hoy por hoy -no así en el mundo romano- se trata de una "penalidad" difícilmente justificable (sobre todo a raíz de la introducción del art. 1973 Cc)

- (35) Queremos con ello significar que el ejercicio -del aliquid en cuestión es la causa "interruptiva" por excelencia -no se concibe un plazo de -prescripción/caducidad sin dicha causa "inte---rruptiva"- Lleva razón ROMANO ("Note in..."cit. pág. 188) cuando dice que "se si configura in -termini di non esercizio del diritto la posizione di partenza della prescrizione estintiva, pa-

re assurdo che debba essere previsto specificamente come causa di interruzione un atto di --- esercizio: l'effetto prodotto da un atto di --- questo tipo deve considerarsi scontato in partenza, proprio in base alla definizione stessa di prescrizione; senza contare, in oltre, che in casi del genere c'è qualcosa di più di una interruzione; viene meno addirittura il presupposto fondamentale dell'istituto".

Y aún siendo todo ello verdad, no parece excesivamente justificado que la Jurisprudencia -italiana- sea proclive a aceptar supuestos de interrupción no previstos en la ley sub specie de interrupción "natural" por actos de "ejercicio" del derecho (Así AZZARITI-SCARPELLO entienden por ejemplo que "il creditore, ricevendo -- quanto gli é dovuto dal proprio debitore ~~in~~capaz, compie indubbiamente un atto di esercizio del suo diritto' Op.cit. pág. 269). Es aquí donde se advierte la necesidad de fijar, como hicimos, qué deba entenderse por "ejercicio del derecho". (la Jurisprudencia española siquiera -- verbalmente, se ha mostrado cautelosa, Vid. Sent. 31-12-1917, 7-11-1940, 12-2-1970, 22-10-1981 -- "Los casos de interrupción no pueden interpretarse con criterio extensivo"). Así, por ejemplo, coincidimos con SILENZI ("Sulla decorrenza..."-

cit, pág. 413-414) en que sin el art. 2943 Cc. ital. la citación nula no interrumpiría la ---- prescripción -salvo que valga como acto de constitución en mora, se entiende- .

Conviene insistir en que no todo tipo de reclamación judicial constituye ejercicio de la - acción: así como sólo cuando se cumplen las condiciones del art. 1518 y 1524 Cc. puede hablarse se strictu sensu de ejercicio del derecho de retracto, así también sólo la demanda que cumple todos los requisitos legales exigidos constituye verdadero ejercicio de la acción. El derecho de retracto, y lo mismo la acción, no existen - en el aire sino para muy determinados casos y - en no menos concretas circunstancias.

Respecto a la caducidad hay aún otra razón - que obsta a hablar de "interrupción". Dice el - art. 2967 Cc. ital.: "Nei casi in cui la decadenza è impedita, il diritto rimane soggetto alle disposizioni che regolano la prescrizione". En caso de "interrupción" suele decirse que existe no sólo una renovación del plazo sino que "ex - novo" aparece un nuevo plazo, esta vez de prescripción -nada obstaría teóricamente, a que siguiera siendo de caducidad-. Respecto a la prescripción , sin embargo, suele entenderse la interrupción como "renovación del plazo" conside-

rándose que es el mismo plazo el que subsiste -- nada obsta, sin embargo, a la opinión contraria, así v.g. en el derecho canónico: destruida la buena fe, necesariamente ha de sobrevenir -- una nueva buena fe y con ella un nuevo plazo de prescripción, y por ende, una nueva prescripción.

- (36) Encontramos "peligrosas" las definiciones del tipo Caducidad/prescripción es un "instituto", "medio", "forma...", etc. pues provocan una relación en la precisión terminológica y, con el tiempo, confusión.

Se hece notar que los romanos en términos generales no conocieron la confusión aquí mencionada. Se suele hablar en las fuentes de interruptio possessionis --referida a la usucapión-- o de interruptio temporis --referida a la prescripción de acciones-- . La conmixción prescripción adquisitiva - prescripción extintiva originara con el tiempo la aparición de la "interruptio praescriptionis" (en los canonistas sobre todo, Vid. canon 1725,4º "Interrumpitur praescriptio ... ad norman can. 1805"). Sobre el tema Vid. FUGLIESE, "La prescrizione estintiva", Torino, 1964, pág. 7 y ss. y DIEZ PICAZO, "La - interrupción ... ", cit. pág. 16.

Se acusa el impacto confusionista en DRESER, ("Die Hemmung der V. nach dem Rechte des BGB",

visión de quien la adopte.

Hoy por hoy, la "interrupción cualificada" - suele considerarse por los autores como un supuesto de 1 mientras que el caso analizado -reconocimiento del deudor de un derecho sometido a plazo de caducidad- suele incluirse en 2 (al fin y al cabo, piénsese que hasta se modifica el plazo, Vid. art. 2967 Cc. ital. ; ello no -- obstaría sin embargo a la exactitud del punto - b))

- (38) "... se si tratta di un termine stabilito ... - da una norma ... relativa a diritti disponibili, la decadenza può essere ... impedita dal riconoscimento del diritto proveniente dalla persona contro la quale si deve far valere il diritto - soggetto a decadenza" (art. 2966 Cc. ital) (Vid. MAGAZZU, "Decadenza" en Nov. Dig. Ital.V, Torino, 1960, pág. 237 y ss)

Aún no existiendo una norma de tal tipo en - España creemos que su "ratio" es aplicable en - nuestro ordenamiento. En efecto, supuesto el caso del art. 1490 Cc. ¿qué razón y de qué índole, caso de haberla, impedirá que el reconocimiento evite la caducidad?. No juzgamos necesario acudir a la exceptio doli (sirva no obstante el caso para observar cómo también este tipo de ex--

ceptio es aplicable a la caducidad, en determinadas circunstancias) para justificar la admisibilidad "impeditiva" del reconocimiento. Seguir hablando en tales casos de interés público -a - fortiori de orden público- nos parece, una vez más, acudir a un cajón de sastre para justificar no se sabe qué necesidades de la teoría (Es de notar, sin embargo, que respecto al art. --- 1490 Cc. en multitud de oportunidades nuestro T.S. ha sacrificado las exigencias de la práctica a las necesidades de la teoría)

(39) Supóngase pluralidad de partes en la titularidad pasiva del derecho en prescripción:

- Tratándose de una comunidad ¿contra quien podrá plantearse la demanda para que surta efectos interruptivos frente a todos los comuneros?. ¿El reconocimiento de alguno de los socios obliga a la totalidad frente al acreedor? Vid. DIEZ PICAZO, "La interrupción,...", cit. pág. 62 y ss.
- El reconocimiento de un deudor solidario ¿interrumpe la prescripción respecto a todos? - (Vid. DIEZ PICAZO, ibidem)
- El reconocimiento hecho por un codeudor en -- una obligación mancomunada indivisible, si lo hizo por el todo, le obliga a responder del -- todo (daños y perjuicios) pero no interrumpe

el plazo de prescripción respecto a los demás
(ibidem)

No entramos en la problemática del art. 1975 Cc. (si la reclamación extrajudicial es "pública", ¿debe también aplicarse el art. citado? ¿y si el fiador es solidario del fiado? ¿y si se trata de un subfiador?. Vid. DIEZ PICAZO, Op. cit. pág. 68 y ss)

- (40) Justamente para estos casos, para cuando no cabe reclamación extrajudicial -en general- con efectos interruptivos, es para lo que en un comienzo se pensaron tales arts como el 1947 Cc y 479 LEC.

En efecto el Cc. napoleónico afirma que "la citation en conciliation ... interromp^t la prescription du jour da sa date lorsqu'elle est suivie d'une assignation en justice donnée dans -- les délais de droit" (recuérdese que el Cc. --- francés no reconoce la reclamación extrajudi--- cial como causa de interrupción. Vid. art. 2244 Cc. fr.). Tras las huellas del Cc. francés, y - el Proyecto de 1851 añade que "la citación a -- juicio de conciliación interrumpe también la -- prescripción desde el día en que se hace, si -- dentro de un mes desde la celebración del jui-

cio y no haberse avenido las partes o haberse -
dado por celebrado, es seguida de una actuación
judicial" (recuérdese que tampoco el Proyecto -
1851 admite la interpelación extrajudicial Vid.
art. 1984)

Si nos fijamos entonces, se advierte

- a) que el art. 479 LEC es de 1881: para aquella
época, bajo influencia del Proyecto 1851, que
no reconocía la eficacia interruptiva de las
interpelaciones extrajudiciales, tiene pleno
sentido tal art. -redactado sin exclusión de
casos.
- b) que el art. 1947, aparecido en 1889, tiene -
también razón de ser si se admite que cuando
en el art. 1973 Cc. el legislador habló de -
"acreedor" -y no de titular del derecho, etc-
era plenamente consciente de lo que decía.

Y si esto es así no nos parece descabellado
postular que, siquiera tácitamente, el art. 479
LEC. fue "parcialmente"derogado" (por lo que se
refiere al ámbito del art. 1973 Cc) en 1889.

El ámbito tan amplio que la Jurisprudencia -
ha dado al art. 1973 -refiriéndolo a todo titu-
lar de derecho y no sólo al acreedor- supone,-
de hecho, una "derogación amplia" del art, 479

LEC.

Por supuesto que caben otro tipo de interpretaciones y acoples LEC y Cc. -ciertamente rebuscadas-; La razón histórica parece, no obstante, imponerse.

Pues bien, nos encontramos con que paradójicamente -de aceptarse todo lo dicho- el principal ámbito de actuación que, hoy en día, quedaría al art. 479 LEC. sería precisamente el de los derechos sometidos a caducidad (aparte el del art. 1947 Cc. si aceptamos tan solo una "derogación parcial" del art. 479 LEC) y, entre ellos, sólo a parte de los mismos (por supuesto no afectaría los derechos exceptuados de conciliación y podría interpretarse que tampoco a los derechos excluidos de conciliación "previa", Vid. art. 461 LEC)

La conclusión sobrevenida causa perplejidad, sobretodo cuando tan arraigado se halla en nuestra Jurisprudencia el principio de que "el plazo de caducidad ni siquiera lo interrumpe el acto de conciliación sino que sólo el verdadero ejercicio de la acción en el juicio impide el efecto preclusivo" (Sent. 7-5-1981; Vid. Sent. 30-4-1940, 10-3-1942; 22-12-1950, 31-3-1951, 15-12-1953, etc)

No es sólo que la Jurisprudencia se halla --
mostrado "empecinada" en la estricta aplicación
de los principios -la caducidad es ininterrumpi-
ble- sino que ni siquiera ha pretendido obviar
en ocasiones la literalidad de los textos, a --
fin de "motivar" la justicia del caso concreto
(si el plazo de caducidad es ininterrumpible, -
ni "per se" ni reuniendo posteriores requisitos,
el acto de conciliación pudo "interrumpirle". -
?Por qué no se interpretó que donde la ley dijo
"interrumpir" quiso realmente decir "suspender"?
Así se habrían salvado ese "desasosiego" mental
sobre la ininterrumpibilidad del plazo de cadu-
cidad. ¿Dónde sino en la "justicia" -no desde -
luego en el art. 1137 Cc- pudo la Jurispruden--
cia basar su entendimiento del art. 1902 Cc. co
mo caso de responsabilidad solidaria -"in soli-
dum", matizan otros- ?)

El análisis histórico, una vez más, desvela
el por qué de aquella Jurisprudencia que en un
comienzo exigió que el acto de conciliación hu-
biera llegado a celebrarse para que produjese
efectos interruptivos. Se trata de una mala asi-
milación del art. 1984 Proy. 1851 -mal refleja-
do a su vez en el art. 478 LEC- .

El análisis lógico, por último, nos muestra
que no hay contradicción en admitir v.g. que la

mera papeleta de conciliación interrumpe/suspende el plazo de prescripción/caducidad y al mismo tiempo afirmar que el plazo de 2 meses del art. 479 LEC. se cuenta no desde dicha presentación, sino desde la celebración o el intento de celebración del acto de conciliación (así la -- Sent. 9-11-1954)

- (41) Como dice ROMANO ("Note...", cit. pág. 227-228) "Dalla esclusione dell'applicabilità alla decadenza delle cause di interruzione della prescrizione non si deve quindi dedurre che il legislatore non possa prevedere delle cause, in natura completamente diversa, che interrompano la decadenza stessa.. E assai probabile che, per la particolare natura della funzione di questa, le cause della sua interruzione saranno comunque rare".

Importa recalcar que no hay derechos a los que "objetivamente" no sea anudable la interrupción.

- (42) Así v.g. se habla de caducidad en el sentido de ineficacia de disposiciones testamentarias (Vid. arts. 689, 703, 719, 720, 730, 731, 743, 762, - 871 Cc y Sents. 22-4-1940, 3-2-1966, 2-6-1969) incluso por la misma doctrina (QUINTANA, "Caducidad del testamento otorgado ante el párroco", Anuario Derecho Aragonés, 1944, pág. 365 y ss;

PEREZ ARDA, "Caducidad de los testamentos especiales", RGLJ, T 115 (1909) pág. 303 y ss; PUIG PEÑA, "Caducidad de los testamentos", en Nueva Enciclop. J. Seix, 1951, III, pág. 510 y ss; -- MIGUEL TRAVIESAS, "El testamento", R D Priv. -- 1935, pág. 97, 129 y 169)

Se observa un continuismo con la tradición romana que también empleó el término caducidad en sentido similar -"De caducis tollendis"- .

Se habla en sentido también impropio de "caducidad del nombramiento de partidores" (OGAYAR y AYLLON, "Contadores-partidores mancomunados.- Caducidad de su nombramiento", Madrid, 1960) o de "prescripción del mandato" (ARTIME, "Naturaleza del mandato y su prescriptibilidad", La Reforma, 1908, pág. 345 y 463; HOYO, "Prescriptibilidad del mandato", La Reforma, 1908, pág. -- 453; NOVOA, "¿Es prescriptible el mandato?", La Reforma, 1908, pág. 313, 415, 474 y 506)

- (43) "La decadenza non può essere rilevata d'ufficio dal giudice, salvo ... , trattandosi di materia sottratta alla disponibilità delle parti".

La contundencia y lógica de la argumentación no admite interrogantes. Y bien, ¿es aplicable el precepto italiano a la situación española?

Sorprendentemente nos encontramos con que sí.

No hay norma expresa alguna que ordene al juez, en caso de caducidad, aplicarla de oficio. Veamos un caso concreto.

Ya hemos dicho que a partir de Sent. 22-3- - 1965 El T.S. vino a referir el art. 1490 a la caducidad (Vid. Sent. 11-5-1966, 6-4-1967; anteriormente lo hacían a la prescripción, Sent. -- 7-6-1909, 27-6-1957; DE CASTRO, "Temas ..."cit. pág. 179, por evidentes razones de justicia, si guió estimando que se trataba de un plazo de -- prescripción). Admitamos que así sea. Aún entonces, si se tiene en cuenta que el T.S. viene -- considerando que

- a) La prescripción alegada en fase de conclusiones no ha de estimarse en la sentencia (Sent. 18-6-1962)
- b) Que el rebelde no puede alegar la prescripción en la segunda instancia en la que comparece (Sent. 29-4-1969)
- c) Se da la misma ratio decidendi en estos ca-- sos que en el art. 1490 Cc.

Podría haber ocurrido que no estimando el T. S. la caducidad apreciable siempre de oficio -- no concretamente en el caso del art. 1490 Cc-- hubiera mitigado "un tanto" el rigor de la ley.

Insistimos en que no hay precepto legal al-- guno que imponga al juez la estimación de la ca

ducidad siempre de oficio.

- (44) El Consejo de Estado, en dictamen 12-Mayo-1949, distinguió la "caducidad" -en el sentido normalmente empleado- de la llamada caducidad de una concesión administrativa.

Se trataba de una "concesión" cuya efectividad y validez quedaba supeditada, según la cláusula quinta del contrato que había de originarla, a un deslinde; este deslinde no llegó a realizarse por causa imputable al "concesionario". Razona el C.E:

"Esta última (la caducidad de la concesión) no obra sobre la relación jurídica con la eficacia de la caducidad común que impone la extinción de ella de una manera directa y automática, de tal forma que en todo caso ha de ser tomada en cuenta, apreciada y valorada. El cumplimiento de las cargas expresamente previstas en la concesión a cargo del concesionario es la condición bajo la cual la Autoridad está ligada por la concesión acordada .. su incumplimiento no entraña la extinción del derecho (del concesionario) por sí mismo; simplemente da a la autoridad el poder de declarar al concesionario decaído y de pronunciar en consecuencia la revocación de la concesión" ... "más bien debe atribuirse la falta de efectos sencillamente al jue

go de una condición suspensiva, que ello y no -
otra cosa implica e integra la cláusula 5ª" ---
(Vid. REcopilación de doctrina legal. 1948-1949,
Madrid, 1950, pág. 31 y ss)

El dictamen nos da pie para afirmar que

- El cumplimiento de la condición no puede depen
der de la exclusiva voluntad del daudor (art.
1115 Cc; de ahí la distinción con las "condi-
ciones impropias")
- Caso de una condición impropia -que dependa,
por tanto, de la exclusiva voluntad del deu--
dor- , si se trata de una "única" -y no va---
rias- "actividad" (y no omisión) o realizar,
la única razón que "puede" operar para ex----
cluir tales casos de la figura de la caduci--
dad es precisamente suponer que la caducidad
"exige" juego automático -y por ende aprecia-
ción de oficio- mientras que tal condición -
impropia podría no operar automáticamente -y
por ello no ser estimable de oficio- .

No entraremos ahora en el juego automático -
-o no- de la prescripción/caducidad. Lo único -
que ahora interesa es revelar cómo la exigencia
de estimación de oficio de la caducidad parece
ser una exigencia "artificial" que ciertamente
sirve a deslindar, pero no por la causa sino --

por las consecuencias determinados los supuestos de condición impropia de la "caducidad" (¿y si la condición opera automáticamente? ¿Deberá ser estimada "de oficio"?).

En todo el desarrollo hemos supuesto que la caducidad opera sobre todo tipo de derechos, tanto los orientados a provocar la aparición de otro derecho (v.g. derecho retracto con respecto a la propiedad), como los que tradicionalmente vienen considerándose como tales (propiedad, usufructo, etc). Ya indicamos, como la distinción entre ambos tipos de derechos es puramente "histórica" (no existe la relación medio-fin sino como apreciación individual, más o menos compartida socialmente)

- (45) "L'estinzione (del proceso) opera di diritto, - ma deve essere eccepita dalla parte interessata prima di ogni altra sua difesa"(art. 307 Cpc).

"La per^eemption ne peut être relevée d'office par le juge" (art. 388 Cpc)

En cambio el art. 411 LEC dice que "caducarán de derecho" (las instancias), debiendo el juez aplicar tal caducidad de oficio (art. 413 LEC).

En Alemania la "Stillstand des Verfahrens" - tiene tres tipos: Unterbrechung (Stillstand ---

unabhängig von Gericht und Parteien Kraft Gesetzes § 239 y ss. ZPO), Aussetzung (Stillstand -- aufgrund gerichtlicher Anordnung, § 246, 247 -- ZPO) y Ruhen des Verfahrens (Stillstand ebenfalls nur aufgrund gerichtlicher Anordnung aber auf - Antrag beider Parteien; § 251; la Ruhen es una especie del genus Aussetzung y es la más parecida a nuestra caducidad de la instancia). Vid. - ROSEMBERG + SCHWAB, "Zivilprozessrecht", München 1981, pag. 744 y ss y JAVERNIG, "Juristische -- Kurz - Lehrbücher", München, 1981, pag. 88 y -- 260 y ss.

Así las cosas conviene apuntar:

- Que "la doctrina francesa e italiana demuestra que la locución "de pleno derecho" no importa que la perención no pueda quedar subsanada ...; significa que no queda purgada por la voluntad unilateral de una sola de las partes" (COLOMBO, "Caducidad de la instancia de pleno derecho" Buenos Aires (Argentina), 1962, pag. 62, también 41).

Colombo toma partido en la polémica suscitada en Argentina por el art. 3 de la Ley --- 14.191 (la caducidad de la instancia opera de pleno derecho). La Jurisprudencia comenzó negando la posibilidad de reactivación una vez operada la caducidad (C. Supr. 9-3-1961, C. -

Nac. en lo Comercial, 29-6-1956), posteriormente la admitió (C.N.C. 17- 10-1960, C.N.M. 13-3-1961) siguiendo en ello a un sector doctrinal (Mercader, Palacio y Parry, Podetti); Vid. PODETTI, "Teoría y técnica del proceso civil", Buenos Aires, 1963, pág. 345)

- Que en España el art. 413 LEC impide "desafortunadamente" una solución del tipo argentino o italiano.

La instancia, en sí considerada, no es un derecho (en idéntico "sentido" al 411, sólo que refiriéndose a una instancia no judicial Vid. -- art. 28 Ley Administración y Contabilidad de -- 1911, ya derogada); pero puede relacionarse con los derechos. Así PISANELLI (cit. en VACARELLA, "Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione", Univ. di Camerino, Jovene Editore, 1975, pág. 303) dice que "la perenzione sta a l'istanza come la prescrizione all'azione". VACCARELLA (Op. cit. pág. 303) aclara que "la perenzione è soggetta a interruzione ogni -- volta che sia compiuto un atto di procedura, .. così come la prescrizione si interrompe in presenza di un atto che attesti la vitalità del -- diritto" (idem GUASP, "Comentarios...", cit. -- pag. 1136, quien opina que más que de caducidad

de la instancia habría que hablar de prescrip--
ción de la instancia; en general la caducidad -
de la instancia no cabe por causa dependiente -
del Tribunal, Sent. 9-12-1903, 5-1-1907)

A nosotros nos parece que más que con la ---
prescripción la instancia -en el Cc. y LEC- es
está relacionada con la caducidad. La instancia -
ciertamente es el proceso; pero en un sentido -
dinámico, de actuación (siquiera prolongada; Vid
arts. 1004, 1005 y 411 LEC: "instar en juicio",
"abandonar la instancia"). Y, si la instancia -
es fundamentalmente actuación, el derecho que a
ella se asocia es, evidentemente, el derecho a
actuar (que a su vez contiene un haz de facultades); ese derecho, desde el punto de vista de -
la LEC, es, no interrumpible, tan sólo "ejercita--
ble".

Pues bien, interesa ahora destacar que la ca
ducidad de ese derecho a instar no necesariamen
te -como lo demuestra la legislación francesa,
italiana y argentina- debe ser estimada de ofi-
cio.

Sobre la caducidad de la instancia Vid. BAVER
WALD, "Erledigung des Rechtstreits", 1930; ---
GROSSE, "Die Erledigung des Rechtstreits ohne -
Urteil", 1907 ; REDENTI, "Diritto Processuale
Civile", I, 1980, pág. 638 y ss; GUASP, "Dere-

cho Proc. Civil", I, Madrid, 1968, pág. 538 y ss; GOLDSCHMIDT, "Derecho Proc. Civil", tr, Pr. Castro, pág. 366 y ss; MANRESA, "Comentarios a LEC ..." II, Madrid, 1953, pág. 380 y ss; LUGO, -- "Manuale di dir. proc. civile", Milano, 1971, - pág. 174 y ss; CHIOVENDA, "Principios de Dº Proc Civil" tr. Casal, 1925, II, pág. 383 y ss; PRIETO CASTRO, "Exposición del Dº Proc. Civil de España", 1944, I, pág. 301 y ss; SENTIS, "Estudios de Dº Procesal", Buenos Aires, 1967, pág. 299 y ss; ANDRIOLI, "Dir. proc. civile", I, Napoli, - 1979, pág. 1009 y ss.

(464) "... se entenderá'... solicitada la cancelación - (de los asientos que hayan caducado) por el solo hecho de pedirse ... certificación" (de tales asientos) (art. 355 R.H)

Cancelado un asiento se presume extinguido - el derecho a que dicho asiento se refiera (art. 97 L.H). Las cancelaciones pueden, según los -- casos, practicarse de oficio, a instancia de -- parte o por orden de la autoridad judicial (art. 99 y ss L.H). Las inscripciones o anotaciones - hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelarán sino por providencia ejecutoria (art. 83 L.H)

Respecto a las cancelaciones de oficio -que son las que ahora nos interesan- se observa que

proceden normalmente en supuestos de caducidad de asientos y por exclusión, es decir, cuando no se exige instancia de parte interesada ni --mandamiento judicial (Así v.g. arts. 206, 13 R. H. -en contra art. 86, 2 L.H.- 107 R.H., etc). Pero ¿y el art. 355 R.H.? "Este art. parece --autorizar al Registrador a actuar de oficio; sin embargo parte de la doctrina que el mismo implica siempre una previa solicitud, siquiera tácita o presunta" (CHICO ORTIZ, "Estudios sobre Derecho Hipotecario", II, Madrid, 1982, pág. 500-501; Vid. ROCA SASTRE, "Derecho Hipotecario" Barcelona, 1948, III, pág. 560 y ss)

Por supuesto que hemos venido hablando de caducidad de asientos -y no de derechos- . Los derechos, sin embargo, son el contenido básico de los asientos (Así el art. 79 L.H. dice que podrá pedirse la cancelación -cuando se extinga-- el derecho inscrito o anotado)

Pues bien, aún cuando supusieramos que a la hora de la caducidad no ha de hacerse distinciones entre derechos disponibles e indisponibles, aún así hebríamos de admitir que no siempre la caducidad -de derechos- es estimable de oficio ya que

a) realizada anotación preventiva de embargo, -
caducada la instancia judicial en la tramitaci
ción de la 2ª instancia -supongamos que se -
hizo uso de una prórroga del art. 86 L.H.-,
el Registrador, aún a petición de parte, no -
puede proceder a cancelar el asiento (art. -
83 L.H.). No basta con que el juez haya declara
do la caducidad de la instancia sino que,
además, el Registrador debe esperar a la provi
dencia judicial que le comunique la caducida
d de la instancia para proceder a la cancela
ción del asiento (En contra "Consulta. Em-
bargo preventivo. Cancelación de anotación -
preventiva por caducidad de instancia" RGLJ.
T. 157 (1930) pág. 540, 543, que con argumenta
tos del antiguo art. 164 R.H. entiende que,
declarada la caducidad de la instancia, el -
Registrador puede cancelar de oficio; MORELL
entiende suficiente la petición de parte, --
previa también la declaración de caducidad -
de la instancia)

Si esto es así, resulta que, aún conociendo
do de la caducidad de un derecho -el derecho
a instar-, el Registrador -no entramos en --
el por qué del art. 83 L.H.- no puede "de ofici
cio", ni siquiera a instancia de parte, estima
r la caducidad de la instancia y, conse---

cuentemente, la cancelación de la anotación.

- b) caso de una caducidad convencional resulta - más que dudosa la aplicación del art. 79 LH. Tampoco parece que de oficio el Registrador - ni siquiera a instancias de parte- pudiera estimar la caducidad del derecho y por ende del asiento que lo contiene.

Aún plantea otras dificultades el Registro - (GAYOSO ARIAS, "Cuestiones civiles hipotecarias sobre prescripción", R.T. 1913, pág. 356 y ss; MARTI DE SALAZAR, "Propiedad Industrial (marcas, nombres comerciales)" RD. Priv. Mr. 1975, pág. 196 y ss; FUENTES CARSI. "La pretensión de caducidad de registro en materia de propiedad industrial", RD. Pr. I. 1976, nº 23, pág. 499 y ss; DIAZ VELASCO, "Analogías y diferencias entre la nulidad y la caducidad de patentes de invención" RD Pr. 1946, pág. 169, 247 y ss; DIAZ VELASCO, "Revocación y rehabilitación de registros de marcas", RD Pr. 1951, pág. 469, 568 y ss; FAUSTO MORENO, "Caducidad", en N. Encilop. J. -- cit.III, pág. 504-505; SOLS, "Prescripción contra el registro. Síntesis de la doctrina legal" ADC T.2 (1949) pág. 124 y ss; Vid. Sent. 31-3-- 1969, 5112-1977 -relativo al art. 36 L. H) Respecto la no posibilidad de pronunciamiento del Registrador sobre la prescripción Vid. RDG 11-- 12-1917, 13-7-1933.

- (47) "La prescripción se aplicará de oficio, sin necesidad de que la invoque o excepcione el sujeto pasivo" (se advierte que cabe interrupción de la prescripción, art. 66 CGT)

El término prescripción no es desconocido para el derecho administrativo:

- a) prescripción de créditos, del derecho a la liquidación de la deuda tributaria, a su reclamación, a la devolución de ingresos, etc; Vid. ESCRIBANO LOPEZ, "Procedimiento de liquidación: Presupuestos metodológicos y consecuencias prácticas" Prescripción e interrupción de plazos, Cron. Tribut. 19/1976, -pág. 183 y ss)
- b) prescripción adquisitiva de los bienes patrimoniales del Estado (art. 25 L. Patr. Est. 15-Abril-1964)
- c) prescripción de las faltas de funcionarios - (árt. 87,2 D 315/1964, 7-Febrero; Vid. SALVADOR BULLON, "La prescripción de las faltas disciplinarias en derecho español", Madrid, 1952.

En general sobre la prescripción en el derecho administrativo puede verse ROMERO HERNANDEZ "La inactividad material de la Administración ante la infracción urbanística" R.A.P. Sumario

del nº 82, en Abril de 1977, pág. 153 y ss; GARCIA TORRES, "Notas sobre el tema de la prescripción de las infracciones administrativas en la Jurisprudencia contencioso-administrativa", R.D. Públ. nº 64, Jul-Agost- Sept, 1976, pág. 469 y ss ; FIGUEIRA LOURO, "Derribo de obras sin licencia", Rev. Est. Vida local, nº 195 Jul-Sept. 1977, pág. 525 y ss; ARROYO GARCIA, "La prescripción en las infracciones administrativas". El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Abril-1975, pág. 431 y ss.

Relativo al derecho tributario BATALLA, "Presunción de dividendos y prescripción", Cron. -- Trib. 22/1977, pág. 27 y ss; CAPOLUPO, "Prescripción e decadenza in materia tributaria", Fisco, 1979, pág. 1131 y ss; HERRERA, "Aplicación de la prescripción en el régimen de Convenios Fiscales", Cron. Tribut. 22/1977 pág. 101 y ss; PEREZ ROYO, "Sobre la prescripción en el derecho tributario y los actos con virtualidad interruptiva de la misma", Cron. Trib. 19/1976, pág. -- 199 y ss; GONZALEZ PEREZ, "Sentencias T.S." Rev. Crit. Dº Inmobiliario, Jul- Agost. 1972, pág. - 939 y ss.

- (48) No han faltado quienes se han opuesto a la aplicación de la prescripción en lo penal (Garofalo, Beccaria, Bentham). Supuesto, no obstante, que

se admite el instituto tres son los fundamentos que principalmente se han alegado para justificar la prescripción en lo penal:

- a) falta de pruebas -que puede provocar un error judicial-.
- b) el malestar social que el delito provocó ya se ha mitigado.
- c) el transcurso del tiempo sin haber vuelto a delinquir prueba la corrección del delincuente- se supone que la finalidad de la pena no es retributiva- .

De acuerdo con cualquiera de las razones consideradas ¿no resultará en todo caso más "lógico" entender que la prescripción en lo penal -- pueda ser estimada de oficio por el Tribunal?. Todo ello sin perjuicio de que, caso de no llegar a probarse, la carga de la prueba haya de recaer sobre el que la excepcione (Sent. 10-5-1948)

(49) Podría ocurrir por ejemplo que fuera imprescriptible (Vid. TEDESCHI, "Riflessioni sulla prescrizione e sulla decadenza", Annali Genova, --- 1973, pág. 275)

(50) Así v.g. Sent. 18-3-1902

(51) "En la medida en que una prescripción en curso

es una prescripción parcialmente consumada, no hay dificultad ninguna en admitir que también -- sobre ella puedan las partes disponer lo que -- tengan por conveniente" (DIEZ PICAZO- GULLON, - "Sistema ...", I, pág. 501, 502; Vid. también - DIEZ PICAZO. "La prescripción en el Cc", Barce- lona, 1964). El argumento nos parece incorrecto pero acertada la solución: no es la prescrip- ción sino el plazo de prescripción el que se ha lla en curso. Obsérvese de otro lado que ,aún - cuando puedan coincidir los efectos del conve- nio y los de interrupción se trata de dos cau- sas distintas: el convenio no necesariamente tie ne que renovar por completo el plazo -puede ha- cerlo sólo en parte- y se basa no en el art. -- 1973 Cc. sino en el art. 1255 Cc.

El § 225 BGB afirma que "Die Verjährung kann durch Rechtsch^{af}t weder ausgeschlossen noch --- erschwert werden. Erleichterung der Verjährung, insbesondere Abkürzung der Verjährungsfrist, - ist zulässⁱg"

El principio enunciado en el BGB -con el que coincidimos plenamente- ha sido recogido en --- nuestra Jurisprudencia: "Estableciéndose en la póliza de un seguro de incendio que toda acción para exigir el pago de los perjuicios prescri- biría a los seis meses, contados desde el día

del siniestro o de las últimas diligencias judiciales, tal pacto es eficaz" (Sent. 23-2-1918; Vid. Sents. 24-6-1911, 27-3-1936, 11-6-1934, -- 16-12-1957, 25-1-1962, 20-10-1973)

Distinto de lo que venimos diciendo pero también aceptado por la Jurisprudencia es que la renuncia no genérica a la prescripción futura sea válida.

"Pactado en una de sus cláusulas .. que el reasegurador (Reunión) renuncia a toda oposición y reclamación contra la misma (Alianza) -- por falta de avisos y observancia de términos y formalidades legales, ello ha de ser de obligado cumplimiento ... Es visto que por la cláusula referida Reunión renunció a la prescripción en su favor ... que no podía ser la renuncia a la facultad de prescribir como derecho -- abstracto, porque concretamente se refería a derechos específicos -los de oposición y reclamación tan sólo por falta de avisos y observancia de términos y formalidades legales- y no respecto de todas las convenciones que concertara con la Alianza, sino separadamente, con vista de las condiciones y cláusulas integradoras de cada -- contrato; y así pues al renunciar a ese derecho

reducido, delimitado y concreto, según aquel --
pacto, excluía la renuncia que prohíbe el art.
1935 del Código Civil" (30-1-1928)

(52) Así lo afirma MAGAZZU, "Decadenza .. "cit. pág.
239.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

1. EXISTEN SUPUESTOS DE CADUCIDAD EN LOS QUE SUBSISTE UNA OBLIGACION NATURAL

Se discute muchísimo cual pueda ser el origen de la "obligatio naturalis". Por paradójico que ello -- pueda resultar, una cosa sí es clara: el derecho romano no estableció directa conexión entre la prescripción y la obligación natural (1). Y aún cuando -- posteriormente, hasta mediados del siglo XIX, se establecieran conexiones más o menos "certeras" entre prescripción y obligación natural se habrá de admitir que tampoco en ello puede hallarse base para conectar biunívocamente prescripción --en el sentido moderno del término, diferenciado de la caducidad-- y obligación natural: sólo con Grawein, en 1.880, la caducidad comenzaría a "independizarse" de la prescripción; hasta entonces los autores habían subsumido normalmente ambas figuras bajo el vocablo prescripción.

Y si todo esto es así ¿cómo fundamentar hoy en día que nunca la caducidad es compatible con la subsistencia de una obligación natural?. Se advierte, -- de otro lado, que no necesariamente todo supuesto de prescripción ha de dejar subsistente una obligación natural (2). Al fin y al cabo, repetimos, no existe ningún tipo de relación directa (y mucho menos biuní

voca) obligación natural - prescripción.

2. PRESCRIBEN LAS ACCIONES Y CADUCAN LOS DERECHOS.

El tema que ahora nos ocupa, tan debatidísimo en la actualidad, hunde sus raíces, una vez más, en el derecho romano. No juzgamos exagerado afirmar que el desconcierto y confusión que hoy en día se observa - en el tratamiento del tema se funda en una "mala digestión", acaso ya iniciada en Justiniano, de los principios del clasicismo romano (3). Así nos preguntamos:

- ¿Hasta qué punto es siempre necesario que la prescripción sea alegada para que sea estimada por el juez? (4)
- ¿Hasta qué punto es necesario que la prescripción, caso de necesitarse su alegación, haya de alegarse como primera excepción? (5)
- ¿Hasta qué punto es cierto que la prescripción es un instituto de derecho material o de derecho procesal? (6)
- ¿Hasta qué punto puede afirmarse que también las excepciones "prescriben"? (7)

Volviendo al tema principal se aprecia que son -- tres principalmente las teorías que pretenden explicar los efectos extintivos de la prescripción (luego

trataremos la caducidad). Así, para el Código Italiano la prescripción extingue el derecho (8), para el BGB, la Anspruch (9); según otros, la acción (10). Descartado ab initio que sea el derecho el que prescribe (pues extinguida una facultad no de ello se implica necesariamente que se extingan las demás facultades insitas en el derecho genérico que a todas --- ellas engloba), nos inclinamos por pensar que sea la acción y no la Anspruch la que prescribe; el argumento decisivo que encontramos a la hora de fundamentar tal afirmación lo constituyen las llamadas acciones constitutivas: difícilmente, en el sentido del BGB y la ZPO, podrán anudarse tales acciones a una Anspruch; y, si bien normalmente tales acciones están sometidas a caducidad, no hay inconveniente teórico en que al menos alguna de ellas se rigiera por la prescripción (11).

Por lo que al objeto de la caducidad se refiere no se encuentran en principio argumentos decisivos para restringir su aplicación a determinado tipo de poderes. Por ello consideraremos que su campo de aplicación es todo tipo de derechos, incluso las acciones (12)

3. EPILOGO

Aún habría mucho que discutir sobre otros puntos conflictivos a la hora de la distinción prescripción

- caducidad (13)

Quedaremos satisfechos, sin embargo, si el trabajo realizado sirve a dos objetivos concretos:

- a) Hacer reflexionar al teórico del derecho sobre la necesidad de "relajar" la contundencia de sus afirmaciones a la hora de relacionar prescripción y caducidad (14)
- b) Robustecer en el práctico del derecho su visión de la justicia del caso concreto, facilitándole instrumentos que le permitan, llegado el caso, imprimir "sin timidez" a la caducidad caracteres que - aún hoy en día parecen estar reservados a la prescripción (15)

- (1) Acaso la obligatio naturalis surgiría para dar - alguna relevancia "jurídica" a las relaciones capaces - incapaces o incapaces entre sí (v.g. relaciones esclavo-patrono, pater familias-miembro de la familia, etc); acaso, en el derecho justinianeo, serviría para dotar de eficacia a ciertos nuda pacta ... SAVIGNY (Cit. en ALAS, DE BUEN, RAMOS, "De la prescripción ...", Cit, pág. 255 y ss) por su parte anuda la naturalis obligatio a las excepciones fundadas en el ius civile, por contraposición a las derivadas del ius gentium, que no dejan obligación natural. Con apoyo en textos de Pomponio, Mariano y Ulpiano ALAS, DE BUEN, RAMOS (ibidem) entienden que las excepciones establecidas "odio creditorum" dejan subsistente una obligación natural mientras que las establecidas en favor del deudor no la admiten.

De lo que no cabe duda es de que los romanos no pensaron directamente en la prescripción, ni adquisitiva, ni extintiva, cuando a la obligatio naturalis se refirieron (Vid. NARDI, "Rapporti - tra ritenzione, prescrizione ed obbligazione naturale in diritto romano e vigente", Studi Parmensi, V, Milano, 1.955, pág. 53 y ss)

La consideración de la prescripción como "impium praesidium", sin embargo, con el tiempo entrelazaría de modo cada vez más cercano prescrip

ción y obligación natural (nótese, de todos modos, que cuando en la Edad Media se anuda prescripción y obligación natural no se está pensando en la figura de la prescripción como autónoma y separada de la caducidad; muy al contrario, la caducidad -para los actores de la época- resulta englobada "dentro" de la prescripción)

- (2) Piénsese por ejemplo en el supuesto del art. -- 336, 2 C. de c. (se trata de un supuesto de caducidad, Sent. 6-7-1.915). Imaginemos que ya --- transcurrieron los 4 días y el comprador no --- ejercitó su acción. Espontáneamente, sin embargo, pasados los 4 días, el vendedor abona al -- comprador lo procedente por avería. Y bien ¿qué razón existirá, suponiendo que caso de prescripción hubiésemos hablado de obligación natural, para no hablar en el caso presente de obligación natural?

El caso, por derecho positivo, se resolvería de acuerdo con el art. 1895 Cc. : "Cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla". Se aprecia:

- Que el art. 1895 Cc. no distingue entre prescripción y caducidad para justificar la repetición; parece hasarse más en temas tales como el error (de hecho o de derecho) o la abstra-

ción/causalidad de los negocios, para justificar (o no) la repetición.

-Que se habla genéricamente de error; ahora bien este error, para ser "eficaz" a los efectos de repetición ¿ha de ser necesariamente de hecho?

El art. 6, 1 Cc. afirma que el error de derecho producirá únicamente aquellos efectos - que las leyes determinen ¿acaso el art. 1895 Cc. es un supuesto en que la ley concede "efectos" al error de derecho?. Piénsese que en -- multitud de ocasiones el error de derecho -se ignora la extinción del derecho- vendrá provocado por un error de hecho -el acreedor se olvidó que el transcurso del plazo había quedado interrumpido por una reclamación anterior- La cuestión podría complicarse aún más si suponemos que la prescripción/caducidad no se consume sino hasta que resulta alegada dentro/ fuera de juicio por el deudor: ¿resultaría entonces que todo error relativo a lo anterior a la alegación -que desencadenaría el efecto jurídico de la norma, o sea, la extinción del derecho en cuestión- sería error de hecho? -- ¿Por qué sí o por qué no?. En definitiva ¿qué ha de entenderse por error de hecho y qué por error de derecho? (Vid. PUIG BRUTAU, "Fundamentos de Derecho Civil, I, 1, Barcelona, 1979

pág. 854; ALBALADEJO, "Derecho Civil", II, 2, Barcelona, 1.982, pág. 497)

Otro caso curioso, -relacionado con el art. 1895 Cc. y dentro de él con el error- , lo constituye el art. 7 Ley 45 de 1.936 sobre filiación natural de Colombia. Dice el art. 7 que "Fallecido el hijo, la acción de filiación matrimonial corresponde a sus descendientes ... La sentencia que declare la paternidad no producirá --- efectos patrimoniales sino a favor o en contra de quienes hayn sido parte en el juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro - de los 2 años siguientes a la defunción"

Aparte otros temas de interés (el art. es relacionable con la distinción que hace la doctrina española respecto a la caducidad de la acción de nulidad : por lo que a los efectos patrimoniales de la nulidad se refiere, la acción caduca; respecto a la mera declaración de la nulidad, la acción es imprescriptible +Vid. Sent. 27-2-1964) Lo importante ahora es anotar que no resultaría "contra lógica" que a) notificada la demanda pasados los 2 años señalados, b) habiendo el sucesor del difunto de motu propio entregado diversos bienes al hijo matrimonial -pensando que no

lo era-, c) recayera sentencia declarando al hijo matrimonial, existiera una irrepetibilidad.

Se trataría entonces, trasladando la cues---tión al derecho español, de que el error de derecho operase en el art. 1895 Cc. pero sólo ---cuando, como en el caso presente, no existiese una "deber natural" (no nos pronunciamos sobre -si el "deber natural" afecta exclusivamente o -no al error de derecho,- y no al de hecho- pero sí que afirmamos que, cuando afecta al de derecho, no debe admitirse repetición)

Aparte al art. 1895 Cc. la doctrina de la --obligación naturalis podría anudarse a temas tales como el afianzamiento, renovación, prenda, retención, compensación, etc; temas en los que, por no ser de nuestro directo interés, no entramos.

- (3) Resulta indispensable adoptar una serie de puntos de partida "claros" a la hora de estudiar -la evolución de la prescripción en Roma:

- La historia de la usucapión y la de la pres--cripción extintiva corren en Roma de modo separado: sólo Justiniano comenzará a ver en --ellas un signo de unidad.

- En la historia de la praescriptio hay que dis

tinguir dos etapas: la prejustiniana (la ---prescripción es siempre una excepción) y la -justiniana (la prescripción es además de exceptio, actio).

- La praescriptio fue en su origen puente entre la denegatio actionis por el pretor (v.g. ---cuando la petición era posterior al año: "intra annum iudicium dabo") y la exceptio a estimar por el juez (la exceptio se diferenciaría de la praescriptio en que la primera se -insertaba "dentro" del cuerpo de la fórmula y la segunda no). (Vid. BETTI, "Istituzioni ,," I, cit, pág. 290 y ss)
- Justiniano -en la praescriptio longissimi temporis- "refunde" prescripción adquisitiva y -prescripción extintiva, transformándolas a ambas en actio:
 - . La prescripción adquisitiva necesita buena fe del adquirente al comienzo de la posesión (continúa la tradición romana, rota únicamente por Constantino de modo aislado)
 - . La prescripción extintiva no necesita buena fe (ni por supuesto posesión ni justo título -la construcción de la usucapio libertatis es posterior-) para surtir efecto.

La "refundición" de Justiniano no constituye "necesariamente" la admisión en el derecho

romano de las acciones llamadas meramente declarativas (la prescripción ante el pretor - tenía función defensiva -excepción- de modo - que el que se hallaba en vía de prescribir si era desprovisto de la cosa no tenía acción -- real para reivindicarla- pero sí los interdictos-; Justiniano da el paso definitivo en la commixtió*o*n ius civile - ius honorarium y concede acción real al que prescribe)

Ha de quedar perfectamente claro que no es Justiniano sino los canonistas quienes elevaron a figura única prescripción adquisitiva y prescripción extintiva.

- La prescripción en Roma no es interrumpible - por reclamaciones extrajudiciales. Ello no implica si embargo que, ipso facto, pueda ser conocida (por el pretor ; piénsese que por -- ejemplo el demandante afirma que el plazo --- transcurrido es menor que el que alega el demandado). Por otro lado, su estimación evita la necesidad de entrar en el tema principal. Ello explicaría:

- . Que en un comienzo la prescripción consistiera a veces en denegatio actionis -por el pretor, y otros en preinscripción a la fórmula.

- . Que aún después de integrada en la fórmula

-como exceptio- siguiera viéndose en ella a una cuestión previa -en su resolución y también en su planteamiento- al tema principal . Que sin necesidad de que el demandado la opusiera, el pretor aplicar la prescripción -claro está, si llegaba a tener conocimiento de sus presupuestos, principalmente del transcurso del plazo, cuestión ésta que por interesar muy de cerca al demandado sería él -- normalmente quien la facilitar-.

Justiniano ve en la prescripción un "im---pium praesidium" y con ello da pie -no nos -- atreveríamos a afirmar que ya él sustentara - tal opinión- a que sólo mediante alegación -- del demandado sea de estimar la prescripción. Ahora bien, ¿en qué habría de consistir tal - alegación? ¿en aportar el material necesario fáctico o supuesto de hecho de la norma que - fija la prescripción? ¿en solicitar el efecto jurídico de la misma? ¿en ambos al mismo tiempo?. Ya desde entonces la cuestión queda planteada.

- La prescripción, considerada exclusivamente - como excepción, sin duda alguna hace referencia a la actio (en cuanto preinscripción o incluso exceptio, priva de valor a la actio o formula entregada); pero al devenir la prescripción actio a su vez Justiniano la anuda no ya

directamente a la acción -que resulta obstaculizada por la prescripción- sino al prius de dicha acción: la obligatio. Esta visión, como veremos, se mantendrá en Napoleón, etc. Es importante, sin embargo, resaltar -pues veremos que no se trata de mera coincidencia- que se anude la prescripción de las acciones a la obligación, pero no a los derechos en general (¿y las acciones reales -donde no existe una verdadera obligatio, sino un deber- a qué las anudaremos?); no parece preocupar a Justiniano una total sistematización.

En la actualidad nos encontramos con que, unos con más auge y otros con menos, perviven los elementos citados, acoplándose en ocasiones de modo no muy coherente.

(4) Dos son las formas de entender la prescripción:

A.- No se exige la voluntad del prescribiente - para que produzca sus efectos; ésta parece haber sido la primera etapa de la prescripción (cuando aparecía difusa entre la dnegatio actionis y la praescriptio); no tiene demasiado sentido, supuesto el postulado, a forzar a que sea el prescribiente el que -- aporte el material fáctico en que basar la extinción provocada por la prescripción --

-sin perjuicio de que sobre él recaiga la carga de que, si no aparece del proceso, la existencia de tal material, deba pechar con las consecuencias- .

B.- Se exige la voluntad del que prescribe para que la prescripción surta efectos; ésta parece ser la orientación a que Justiniano --dió pie. Tampoco aquí tiene demasiado sentido exigir que sea precisamente el prescribiente el único que pueda aportar el material fáctico donde apoyar la prescripción --sin perjuicio, otra vez, de la carga a que antes hacíamos referencia- Adviértase que --aún dentro de esta postura es "logicamente" correcto defender que la prescripción se --consume por el mero transcurso del tiempo --fijado.

Haciendo "transplante" del estudio realizado a la época actual encontramos:

- Que sigue siendo "ilógico" tanto si se adopta A como si B, exigir que sólo el prescribiente pueda aportar el material de hecho en que basar la prescripción (el argumento es aplicable a la caducidad), sin perjuicio de que sobre él recaiga la carga.
- Que hay casos en que la prescripción se estima de oficio; es evidente que en tales casos no nos hallaríamos en B y, por lo tanto, la -

prescripción (el argumento sigue siendo válido para la caducidad) se se realizaría por el mero transcurso del plazo fijado.

- Que sólo en los casos en que se exige "alegación de la prescripción" -propiamente, petición- es dudoso si la tal alegación afecta a la "perfección" o bien a la "consumación" de la prescripción. Parece en todo caso cierto - que:

- . Es una ficción continuar anudando siempre - no alegación de la prescripción y renuncia, siquiera sea tácita, a la misma; la no estimación de la prescripción por su no alegación más que con la renuncia a la misma se relaciona con la aplicación conjunta del deber de congruencia y la cosa juzgada. (idem en Roma con los efectos consuntivos de la - litis contestatio). En la no alegación de la prescripción puede haber renuncia, pero también simple desconocimiento (por contra GRASSO, "Sulla distinzione fra prescrizione estintiva e decadenza". Riv. Trim. dir, proc civ, 1.970, pág. 878, afirma que "il diritto risulterà utilmente esercitato solo se il - convenuto ... tacitamente rinunzierà all'effetto favorero non eccependo l'avvenuta -- liberazione)
- . Aún suponiendo que la prescripción implicara

voluntad de prescribir, resulta "lógico" en tender que la perfección de la prescripción sobreviene por el mero transcurso del plazo fijado al efecto. Y ello por varias razones: por la unidad -si es así en la prescripción estimable de oficio ¿por qué no en las demás?--; porque lo contrario supondría un --- cierto "forzamiento" a la hora de afirmar - que v.g. la prescripción -toda ella - es -- lex causae o que la prescripción ya realiza da antes de la declaración de inconstitucionalidad de determinada ley engendra una "si tuazione esaurita"; porque así evitamos tener que acudir a los efectos retroactivos; porque esa parece ser la mentalidad del Cc. y sobre todo la consciencia común (la prescripción es sentida como un prius temporal respecto a su alegación, dentro o fuera de juicio -sobre la posibilidad de alegar la - prescripción fuera de juicio Vid. PUGLIESE, "Prescrizione acquisitiva, Milano, 1.921, - pág. 559 y SAHM Op, cit, pág. 59 y ss)

Hoy por hoy domina -aunque no para todo caso- el entendimiento de la prescripción como un "aliquid" que sólo previa alegación por el pres cribiente cabe tener en cuenta; ese aliquid, se

gún se aprecia es considerado "normalmente" como un prius respecto a su alegación (repárese - no obstante que no existen razones "objetivas" para afirmar que la prescripción se perfeccione por el mero transcurso del tiempo o por su alegación; se trata de meros criterios de "normalidad de pareceres" -y en función de ella, de mayores o menores forzamientos)

Porque consideramos menos "forzada" -insistimos, en función de un criterio de "normalidad" - el entendimiento de la prescripción como extinción de un "aliquid" por el mero transcurso del tiempo, adoptaremos en lo sucesivo esta orientación .

Sobre el tema Vid. CARNELUTTI, "Appunti..." cit, pág. 32y ss; DE CASTRO, "Temas ..." cit, - pág. 166 (que entiende que la prescripción opera automáticamente ipso iure; idem GROPALLO, "Contributi ...", cit, pág, 28; en contra FERRUCCI, "Prescrizione", cit, pág, 646)

- (5) En Roma, se recordará que la preinscripción tenía el sentido de una dēnegatio actionis diferida y, por tanto, tenía lógica que sólo una vez resuelto el tema relativo a la prescripción, entrase el arbiter a conocer del asunto principal.

Hoy en día, desaparecida la distinción, dēnegatio actionis-praescriptio-exceptio, "vedere -

nella prescrizione l'oggetto di un'eccezione - necessariamente preliminare comporterebbe l'ingustificato abbandono di quell'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale il semplice fatto che il convenuto abbia contestato nel merito il fondamento della domanda ex adverso proposta, - prima di eccepire la prescrizione, non importa rinuncia implicita all'eccezione stessa, la quale pertanto può essere opposta anche in appello (C. Cass. 14-11-1.974; Vid. AURICCHIO, "Appunti sulla prescrizione", Napoli, 1.971, pág. 69)

En la sentencia citada la conmixti6n de dos temas diversos, a saber;

- a) Si siempre el juez ha de pronunciarse sobre la prescripci6n previamente al tema principal
- b) Si tambi6n despu6s de la demanda y contestaci6n puede alegarse o no la prescripci6n --- (idem caducidad cuando no sea estimable de - oficio)

Por lo que al punto a) se refiere, la economía procesal aboga por un pronunciamiento judicial sobre la prescripci6n previo a la declaraci6n de existencia o no del derecho pretendido -de modo que en pronunciamiento favorable a la existencia de la prescripci6n excluiría un segundo pronunciamiento sobre el derecho-. Nada -

obsta sin embargo a que, si la parte lo pide, el juez invierta sus pronunciamientos, en merma de la economía procesal, pero acaso en pro de otro tipo de valores -v.g. la buena reputación del -demandado- el art. 666 LECr. por ejemplo se basa en la economía procesal pero ^{no} salvaguarda la reputación del "sospechoso".

Respecto al segundo tema -si sólo en el escrito de demanda o contestación puede oponerse la prescripción- diremos que hay razones más -- que suficientes para pensar que a la prescripción no le afecta el principio de preclusión, -- por lo que podría alegarse una vez pasado el periodo de alegaciones (la prescripción es un hecho excluyente; decíamos que lo que distingue a lo excluyente respecto a lo impeditivo y extintivo no es la prueba -o su carga, etc- sino -- que lo primero necesita de ser alegado para que sea estimado y lo otro no; tendría entonces sentido, buscando precisamente conceder una cierta "igualdad de trato" a lo excluyente con lo que no lo es, que se admitiera la alegación de la prescripción en el periodo posterior a la contestación -incluso en la fase de conclusiones o en segunda instancia- sin perjuicio de las normas que rigen la prueba; hay que reconocer, sin embargo, que también tiene "lógica" la opinión contraria -siempre que se entienda que la no --

alegación de la prescripción no implica necesariamente renuncia, pero no en el caso contrario-

Lo que no tiene demasiado sentido es anudar la no alegación de la prescripción a la renuncia -siquiera tácita- a la prescripción y al mismo tiempo sostener que sólo en el escrito de alegación es oponible ("la prescripción alegada en fase de conclusiones no ha de estimarse en la sentencia" - 18-6-1.962 - ; el rebelde que comparece en la 2ª instancia no puede alegar la prescripción - 29-4-1.969-; no puede alegarse la prescripción en el escrito de dúplica, etc ...). Más correcta parece en tales casos la doctrina de la C. di Cassazione citada o de forma absolutamente precisa, la solución recogida en el art. 2224 Cc. francés: "La prescription peut être opposée en tout état de cause, même devant la cour royale (cour d'appel), à moins que la partie qui n'aurait pas opposé le moyen de la prescription ne doive par les circonstances, être presumée y avoir renoncé". Se trata, como siempre, de una coherencia con el punto de partida adoptado Vid. GIULIOTTI, "Rinuncia tacita all'eccezione di prescrizione", *Nuovo dir*, 1.966 pág. 693 y ss.

- (6) Desde que Jacobus Balduinus (+ 1.235) formuló la distinción *lex fori causae*, la doctrina ha =

venido esforzándose en hallar el "quid" de la misma; algunos, escépticos de la propia existencia de tal "quid", propugnan abandonar la distinción (COOK, "Substance and procedure in the conflicts on Laws", 42 Yale Law Journal, 1.933, pág 332 y ss)

Observamos cierto "confusionismo" a la hora del tratamiento del tema en cuestión. Se ha pretendido asimilar *lex fori* - derecho procesal, *lex causae* -derecho material... Y esa ha sido la razón de que autores como COOK, desengañados de tanto "forzamiento", propugnen abandonar la distinción -distinción que en sí puede ser provechosa- Las categorías en cuestión, si bien no existen "per se", tienen sentido cuando de determinar ciertas consecuencias de derecho positivo se trata. Pues bien, no se encuentra inconveniente en que determinada materia relativa al derecho procesal se rija por la *lex causae* y viceversa.

Roto ya el nexo derecho procesal - *lex fori*, derecho material - *lex causae*, nos interesa ahora verificar si la prescripción/caducidad son institutos a regirse por la *lex fori* o bien por la *lex causae*. Michel distingue cuatro hipotéticas soluciones: *lex loci solutionis* (Troplong), ley del domicilio del deudor (Boullenois), *lex fori* (Mercier) y ley del contrato (Savigny). Un

estudio comparado nos permitirá verificar que ni siquiera con esta acotación de campo cabe postular una única solución al tema.

La prescripción en Inglaterra

En términos generales cabe decir:

- Que la acción se rige por la lex causae (Saxby V. Fulton, 1.909, etc; excepción, Hansen V. - Dixon, 1.906) pero con las dos restricciones - siguientes:
 - . Sólo se admite la "specific performance" si, a juicio del Tribunal, la indemnización en metálico no resulta adecuadamente compensatoria.
 - . La acción meramente declarativa se rige por la lex fori (si el derecho inglés la concede, se admite; no en el caso contrario)
- Que la legitimación se rige también por la -- lex causae. Ahora bien, en determinadas hipótesis de litisconsorcio los Tribunales han -- exigido la integración pedida por la lex fori y no por la lex causae (Jeffery V. Mc.Taggart, 1.817; Bullock V. Caird, 1.875)
- Que la prescripción (en general la limitation of action) se rige por la lex fori (British - Linen Co V. Drummond, 1.830; excepción, caso

Tonkonogoff, 1.942). Se sigue con ello la -- doctrina del holandés ^Huber -idem en derecho sueco y norteamericano- .

La solución inglesa de considerar a la prescripción regida por la *lex fori* es hartamente - criticable: amén de favorecer el fraude, impide que el deudor pueda destruir sus recibos bajo - la perpetua amenaza de ser demandado en Inglaterra -esta segunda objeción es fundamentalmente hecha por italianos par quienes el tema de los - recibos es de gran importancia, Vid. arts. 2954 y ss Cc.- Así, por ejemplo, en el caso Harris V. Quine (Es de notar cómo en ocasiones los convenios internacionales sobre la cosa juzgada pueden servir a paliar los "defectos" apreciados - en Inglaterra)

Sobre el tema Vid. GOLDSCHMITDT, "La distinción entre Derecho Procesal y Derecho material - en el Derecho Internacional privado anglosajón", R D Proc. 1.946, pág. 273 y ss; WOLFF, "Private International Law", London, 1.950, pág. 32 quien mantiene la tesis de la prescripción como cuestión de *lex fori*; idem PRESTON & NEWSON, "Limitation of action", cit, quienes aclaran cómo desde Jaime I y la Limitation Act. 1.939, la prescripción es considerada en Inglaterra como un "remedy" contra la acción que deviene proce-

salmente "barred".

Obsérvese el gran parecido entre la solución inglesa y la propia de la época clásica romana: ambos consideran a la prescripción como un impedimento, un obstáculo "procesal" al ejercicio de la acción (limitation of action, action is barred)

La prescripción en la Europa continental: especial referencia a Italia

Es casi unánime la doctrina y jurisprudencia en admitir el sometimiento a lex causae de la prescripción y caducidad (Vid. v.g. C. di Cass. 28-1-1.936, 17-2-1.966; BATTFOL, "Droit International Privé", Paris, 1967, pág. 676 y ss; --- RAAPE, "Internationales Privatrecht", Berlin y Frankfurt, 1.961, pág. 498 y ss; CARBONE, "Sulla legge regolatrice della prescrizione", Riv. Internaz. priv, proc, 1.966, pág. 519 y ss). Conviene, no obstante, destacar algunas dificultades planteadas:

- ¿es prescriptible la acción para obtener un exequatur? La C. Cass. en sent. 15-7-1.963 le aplicó la prescripción genérica del art. 2946 Cc. ital. IACCARINO("Questioni di prescrizione

nel giudizio di riconoscimento delle sentenza straniera", Ann. Internaz. 1965, pág. 1416 y ss) formula la siguiente teoría:

- . L'azione di riconoscimento non incontra termini di prescrizione quanto alla possibilità della sua proposizione (pues, argumenta, tiene naturaleza meramente "accertativa")
- . La "perenzione dell'istanza" se regula por la lex fori
- . Il diritto che ha formato oggetto della controversia decisa o che viene "costituito" - dalla sentenza straniera ... si prescrive secondo la sua legge regolatrice (proper law, lex causae)
- . Il diritto ad ottenere l'esecuzione (una vez obtenido el exequatur) ... se rige por la lex fori... La decadenza del processo di -- esecuzione non comporta però necessariamente, la ... prescrizione dal diritto a riproporlo -tale fenomeno segue la vicende per -- esso previste dalla proper law ad esso --- applicabile- .

Salvo acaso en el último punto la teoría de Iaccarino sería comunmente admitida en - España (habría quien viera impedimento a su admisión en las cosa juzgada; aún entonces, ¿esta se rige por lex fori o lex causae?) y

en Francia (Vid. MARTIN, "La prescription - liberatoire en droit internat, privé", Revue droit int. XIX, pág. 262 y ss; MERCIER, "La prescription liberatoire en droit int. privé" Lamanne, 1.897)

- La caducidad de la instancia (y en general la relativa a lo procesal) se rige lex fori (Vid. MUÑOZ ROJAS, "Caducidad" cit, pág. 85-86)
- Como indica CARBONE ("Sulla legge ... "cit, - pág. 525) "se é vero che i termini di prescri^zioni sono tassativamente fissati ... ciò non significa che debbano venire applicati per -- ragioni di ordine pubblico anche a rapporti - sottomosti alla disciplina di una legge stranⁱera".

Efectivamente "Orden público y derecho imperativo son conceptos que no coinciden ni -- tienen por qué coincidir. Una ley puede ser -- imperativa sin que afecte para nada al orden público" (DIEZ PICAZO - GULLON, "Sistema...", cit, pág. 238; -- más que de "imperativa" --- conviene hablar de "norma de obligado cumpli- miento", ya que, según la terminología del Cc. art. 6, 3 Cc, existen normas "prohibitivas", no imperativas que también son de obligado -- cumplimiento). Por el contrario ¿puede una -- norma ser de orden público y no ser imperati-

va en lo no internacional?. Depende de lo que se entienda por orden público -mediato o solamente inmediato- y sobretodo de si se admite la separación orden público interno -orden público internacional.

Con las matizaciones señaladas bien puede decirse que, a grosso modo, prescripción y caducidad son, en España cuestiones regulables por la *lex causae* (se les considera además de derecho material -Vid. art. 1930 y ss Cc. etc)

- (7) Dice nuestro T. S. que cuando "la excepción se formula en términos implicativos de un auténtico ejercicio de la pretensión en forma de defensa" cabe aplicar la prescripción a la excepción (Sent. 12-3-1.965). Conviene, antes de entrar a matizar la solución expuesta por nuestro T.S. , tener en cuenta que los romanos no se plantearon el tema de modo global:

- "Non sicut de dolo actio tempore certo finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est: - nam haec perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo -- iure; is autem cum quo agitur, non habeat potestatem quando conveniatur" (Paulus, Dig, 44, 4, lib. 5, cap. 6) ¿Es aplicable tal principio cuando no se trate de la exceptio doli?

- "Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua ad excipiendum". Parece que este principio no -- sería aplicable cuando menos al caso anterior. (Planiol además afirma que este principio no sería aplicable hoy en día a todo tipo de --- acciones, pues Roma en términos generales no conoció las acciones meramente declarativas). Obsérvese que en principio no hay obstáculo - en aplicar tal regla también a la caducidad - (así, SANTORO - PASSARELLI, "Prescrizione e", cit, pág. 575; en contra MAGAZZU, "Decadenza ... ", cit, pág. 237.

Pues bien, la solución de nuestro T. S. nos parece acertada aunque no del todo perfilada. - Dice PUGLIESE que si la excepción es conforme - al estado de hecho es imprescriptible; de lo -- contrario, prescriptible -ese parece ser el tenor de nuestro T.S - Perfilando, diríamos que, dado un determinado plazo:

- . Si el demandado "debió" -en el sentido de carga- accionar, en el plazo fijado (sopena de - no poder posteriormente exceptionar), entonces sobre él deben pechar las consecuencias - de su inactividad.
- . Si el demandado no tenía la "carga" -aún cuando pudiese- de accionar en tal tiempo, puede posteriormente exceptionar.

A la hora de la verdad, no hemos sido capaces de "resolver" el tema sino mediante absoluta positivización pues no encontramos inconveniente "lógico" en que, aún siendo conforme el estado de hecho, el legislador "exija" al demandado que anteriormente hubiese accionado para poder alegar con éxito la excepción (así, v. g. en una rígida interpretación del art. 1301 - Cc)

A lo que en modo alguno creemos que deba an darse la prescriptibilidad o no de la excepción es a la "falta -o no- de interés en excepcionar". Así por ejemplo, GROPALLO, "Contributi ... "cit - pág. 124 dice que la imprescriptibilidad de la excepción de "annullamento" se funda en l'esigenza di non costringere a domandare l'annullamento del contratto colui che non vi ha interesse". - No es que lo dicho por Gropallo sea incorrecto; lo cierto, sin embargo, es que es "radicalmente" impreciso (si es cierto que no tiene interés -- -suponiendo válida la teoría dell'intéresse ad agire- habrá que admitir que tampoco el demandado tiene acción. Pero, ¿cómo se coordinará es to con la pretendida imprescriptibilidad de las acciones meramente declarativas?. Nos veríamos forzados a admitir que el interés exigido para excepcionar y el interés exigido para accionar no son el mismo. Pues bien ¿en qué se diferen--

ciarían?)

Según lo dicho, repárese cómo la posibilidad de prescripción se referirá normalmente a los hechos excluyentes, y no a los impositivos o extintivos -la conexión sin embargo no tiene por qué mantenerse en todo caso- .

Sobre el tema Vid. CHIOVENDA, "Instituzioni ... ", I, cit. pág. 305 y ss.

Tema distinto del que veníamos tratando pero relacionado con él es "ob die einredeweise geltend gemachte Forderung die Verjährung der aus demselben Rechtsverhältnis entstehenden Klage - zu unterbrechen vermag" (si la pretensión hecha valer en forma de excepción puede interrumpir - la prescripción de la acción surgida de la misma relación jurídica), Adviértase que no es de estricta necesidad que, admitido que determinadas excepciones puedan prescribir, el ejercicio de tales excepciones interrumpa el plazo de --- prescripción de la acción con que dicha excepción podría ser hecha valer.

Sobre el tema Vid. CLAUSEN, "Inwieweit .." - cit, pág. 21 y ss, quien cita un caso muy peculiar: A demanda a B; B excepciona la compensación; A desiste -la interrupción de su acción -

se tiene por no realizada, § 212 BGB- ; la pregunta es entonces, ¿queda a pesar de ello interrumpido el plazo de prescripción del crédito - de B contra A cuya compensación B excepcionó?. Regelsberger entiende que sí; Clausen que no. - Nos preguntamos ¿ cambiaría algo que A hubiese desistido con la anuencia de B?. El tema tiene cierta relevancia en Alemania donde no se admiten las reclamaciones "extrajudiciales"; en España, sin embargo, un art. como el 1973 Cc. obvia toda dificultad.

- (8) Art. 2934 Cc.: "Ogni diritto si estingue per -- prescrizione, quando ... ". El Cc. napoleónico, más cauto, de acuerdo con la tradición romana, sólo se atrevió a afirmar que "les obligations s'éteignent ... par la prescription" (art. ---- 1234 Cc.). La fórmula francesa pasó al proy. -- 1851 ("... queda el deudor libre de toda obligación", art. 1964) pero no al Cc. español de --- 1.889.

A raíz de tales antecedentes DE CASTRO ("Temas ...", cit, pág. 168) entiende que lo que -- prescribe en el Cc. español no es la acción sino el derecho, citando a mayor abundamiento a -- d'Argentrè: "nam si ius est, omnes praescriptionem admittunt; sin facultas nemo".

Sin perjuicio de una posterior revisión a fondo de la teoría de De Castro interesa ahora destacar que resulta erróneo entender que autores tales como d'Argentré puedan apoyar tal teoría. Cuando d'Argentré (y lo mismo Bartolo, Comentario a la ley 2, D, De via pública, 43, 10: "sed posse ire per viam non est ius, ideo huic facultati nunquam praescribitur") habla de facultas no lo hace en el sentido que modernamente se da al término (el derecho como haz de facultades: el derecho sería un prius necesario -aunque no suficiente- para la existencia de la facultad) sino como algo anterior, global y genérico, respecto al derecho (la facultas sería un prius -no un posterius- para el derecho)

- (9) Gegenstand der Verjährung: "Das Recht von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung" (§ 194 - BGB)

CARNELUTTI ("Appunti ...", cit, pág. 34), aunque reconociendo un gran mérito histórico a --- Windscheid, ataca duramente su teorización sobre la prescriptibilidad no del derecho subjetivo sino de la Anspruch: "quando si afferma che la prescrizione estingue l'Anspruch e non diritto subbietivo, si fa il paio con chi dicesse che un colpo di fucile uccide la vita ma non --

l'uomo"

Desde distinta vertiente, Kipp, Ennecerus y Wolff han objetado a Windscheid: la prescripción no extingue, sino que debilita la Anspruch; de otro modo no podría explicarse la subsistencia determinados casos de una obligación natural (adviértase^{que} los tres ^{autores} citados anudan --- Anspruch y obligación)

La tercera objeción de cierta importancia - que a la teoría windscheidiana se ha hecho proviene también de CARNELUTTI (op, cit, pág. 36): no tiene sentido afirmar la subsistencia de una hipoteca que garantiza un crédito ya prescrito, simplemente por coherencia con que la prescripción afecte a una Anspruch y no al derecho subjetivo (Vid. § 223 BGB: "Die Verjährung eines - Anspruchs, für den eine Hypothek ... besteht, - hindert den Berechtigten nicht, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande zu suchen.")

Ninguna de las tres objeciones dificultan -- sin embargo, la validez de la teoría de Windscheid. Antes de iniciar la defensa de Windscheid conviene tener presente que:

- Un derecho genérico, R, normalmente está compuesto por un haz de facultades ($f_1 \dots f_n$); - una parte de las cuales son las Ansprüche ---

($f_1 \dots f_m$ -no entramos ahora en si fuera de R puedan existir Ansprǘche o no)

- La Anspruch es el derecho a pedir de "otro"..; ahora bien, el BGB y lo mismo la ZPO no incluyen al "juez" en el término "otro" (Así, por ejemplo, cuando en las leyes alemanas se habla de Anspruch respecto a una relación crediti--cia, se está pensando en la relación extraprocesal acreedor- deudor, no en la relación de mandante - juez; demandado - juez, demandante - demandado; diríamos entonces que la Anspruch se conecta con el campo de lo material, no con lo procesal)

Presupuesto lo anterior, ahora si que estamos en condiciones de afirmar la inconsistencia de las objeciones antes citadas:

1. Es cierto que Windscheid, cuando afirma que lo que se extingue por la prescripción es la Anspruch en ningún caso postula que también el derecho genérico se extinga; pero tampoco postula lo contrario. Simplemente, respecto al derecho genérico, no se pronuncia. En tal sentido, la argumentación de Windscheid nos parece correcta pues:
 - Podría ocurrir que la Anspruch no estuviera integrada en un derecho genérico -en cuyo caso sólo la misma en todo caso se extin

guiría-

- Podría ocurrir que en determinados casos la prescripción de la Anspruch acarrearla la extinción del derecho genérico del que ella dependiera (así DIEZ PICAZO, "En torno al ... ", cit, pág. 986 dice que "cuando la facultad que prescribe es la que podríamos llamar la facultad central o sustancial del derecho subjetivo, como es por ejemplo la de reivindicar respecto del derecho de dominio, o la de reclamar la deuda respecto del derecho de crédito, la pérdida de la facultad coincide necesariamente con la pérdida del derecho")
 - Podría ocurrir que en otros casos la pérdida de la Anspruch no acarree la extinción del derecho genérico (así por ejemplo porque prescribe la Anspruch del propietario contra el usufructuario a cobrar determinada renta, no por ello se extingue ni la propiedad ni el usufructo)
2. Conviene poner en relación la crítica de que la prescripción de la Anspruch no explica la subsistencia de una obligación natural con la que afirma la inconsistencia del § 223 -- BGB. A este respecto habremos de emplear los siguientes párrafos:

- § 223 BGB: Wirkung (der Verjährung) bei ---
gesicherten Rechten. "Die V. eines Anspruchs,
für den eine Hypothek, ... oder ein -----
Pfandrecht besteht, hindert den Berechtigten
nicht, seine Befriedigung aus dem verhafteten
Gegesthde zu suchen.

Ist zur Sicherung eines A. ein Recht --
übertragen worden, so kann die Rückübertra
gung nicht auf Grund der V. des A. gefordert
werden"

- § 224 BGB: "Mit der Hauptsansprüche verjährt
der A. auf die von ihm abhängenden -----
Nebenleistungen, auch wenn die für diesen
A. geltendende besondere V. noch nicht ---
vollendet ist".

- 63 Schiffs R G Rechtszerstörende Einrede:

"Steht dem Eigentümer eine Einrede zu,
durch welche die Geltendmachung der -----
Schiffshypothek dauernd ausgeschlossen ---
wird, so Kann er verlangen, dass der ----
Gläubiger auf die Schiffshypothek verzichtet"

Podrá parecer más o menos acertado en la prác .
tica: lo cierto es que no hay impedimento "lógic
co" -ni tampoco "aberración"- en sostener lo di
cho en el § 223 BGB, sobre todo cuando el tema

resulta moderado por el § 224 BGB y 63 Schiff's R G. Pero es que además:

- a) sería también perfectamente admisible dentro de la tesis de Windscheid que el § 223 - BGB no existiera (recuérdese que Windscheid para nada menciona si las Ansprüche conexas a la Anspruch prescrita tienen que extinguirse o no; más parece que todo dependiese del caso concreto)
- b) No hay obstáculo alguno, dentro de la concepción de Windscheid, en admitir que pudiera subsistir una obligación natural (recuérdese que podría haber quedado subsistente el derecho genérico; es absolutamente evidente que el titular de la Anspruch prescrita no podría "verlangen", haya o no obligación natural de por medio -otra cosa es que pueda recibir)

Sobre el concepto Anspruch Vid. ROSEMBERG---SCHWAB, "Zivilprozessrecht", cit, pág, 539 y ss.

- (10) Así, por ejemplo, FENECH, "Derecho Procesal Civil", cit, pág. 434, 447 y ss. Ingeniosa argumentación la de CARNELUTTI ("Appunti ...", cit, pág. 35) para "demostrar" que no es la acción - la que prescribe: "Quando l'azione si concepisce ... come il potere di ottenere la sentenza, e - sia pure la sentenza di merito (decisione della

lite), ognuno comprende che questo, nonostante la prescrizione, rimane intatto. Così, almeno chi crede, come me, in questo concetto della - azione e pertanto nell'integrale distacco tra - l'azione e il diritto subbiettivo, deve ammettere che l'oggetto della prescrizione non altro - sia che il primo". Debe advertirse, no obstante, que si se distingue entre el poder de pedir que sólo al que lleva razón corresponde, y el poder de pedir que toda persona tiene, tampoco resulta fundada la argumentación carneluttiana.

- (11) Refiriéndose a las Gestaltungsklage, los BECK'SCHE KURZ - KOMMENTARE a la ZPO (34 Auflage, pág.506) dicen que "Sie fussen auf einem materiellrechtlichen Anspruch auf Rechtsänderung, ... Hierher - gehören a) Klagen, die einen Rechtszustand für die Zukunft erstreben, wie die Ehescheidungsklage die K. auf Auflösung einer O H G. oder der ---- Gutergemeinschaft, die Klage auf prozessualen - Vollstreckungsurteil -§ 722 ZPO- b) Klagen, die eine rückwirkende Regelung verlangen, wie die -- Ehenichtigkeitsklage, die K. zur Anfechtung der Ehelichkeit -§ 1599 BGB- , zur Anfechtung der - Annerkennung der Vaterschaft -§ 1600 m BGB-, die Erbunwürdigkeitskl., die Anfechtung des Generalversammlungsbeschluss eines A.G., die K. auf -- Löschung eines Warenzeichens, die K. auf ----- Bestimmung des Leistungsinhalts, ZB aus § § 315,

319, 2048 BGB"

Lo cierto es que, aunque doctrinalmente, refiriéndose a las Gestaltungsklage, se les anude una Anspruch (A. auf Rechtsänderung), ni el BGB ni la ZPO suelen anudarlas a Anspruch de tipo - alguno -simplemente evitan la palabra "Anspruch" en tales casos-

Pues bien, si pretendieramos someter alguno de estos casos a Verjährung ¿cómo habríamos de hacerlo sin Anspruch a que anudarla?. Esta es la razón por la que anudaremos la prescripción a la acción y no a la Anspruch (este parece -- ser el sentido del Cc. a pesar de los arts. --- 1930 y 1932 Cc. -al referirse a la extinción de los derechos se estaría refiriendo al derecho - de usucapido y no a la prescripción de acciones-)

- (12) La regla "toties praescribitur actioni nondum - natae quoties nativitas eius est in potestate - creditoris" más parece que debieramos hoy en día -una vez deslindado el campo de la caducidad -- respecto al de la prescripción- aplicarle a la caducidad que a la prescripción.

En concreto no nos parece acertado pretender que la caducidad se refiere exclusivamente:

- A los derechos potestativos. No es sólo que el concepto "derecho potestativo" no esté clara-

mente determinado (CHIOVENDA, "Azione ...", - cit, pág. 25 afirma que "il diritto potestativo non ha alcun rapporto speciale con la prescrizione; anzi, di solito ciò che si prescrive è un diritto potestativo, l'azione"; es -- evidente que si se pretende mantener que la caducidad se refiere a los derechos potestativos habría que dar un concepto más restringido de los mismos) sino que, aún suponiendo perfectamente deslindado el concepto, ni todos los derechos potestativos estan sometidos a caducidad -v.g. art. 137,3 Cc.- ni todos los supuestos de caducidad se refieren a derechos potestativos (v.g. arts. 1301 Cc. en los casos de nulidad absoluta o el art. 1490 Cc; en contra, PUGLIESE, "La prescrizione estintiva" cit, pág. 303 y ss) (así lo afirma también -- TEDESCHI, "Prescrizione estintiva e decadenza" Riv. Dir. Proc. Civ. 1942, I, pág. 57-58). Todo ello sin perjuicio de que los derechos potestativos puedan ser el grueso de los casos de caducidad (así MAGAZZU, "Decadenza", cit, pág. 235, argumentando que puesto que "il contenuto dei diritti potestativi si esaurisce -- in un'unica possibilità di comportamento, ci si rende conto agevolmente che l'onere di --- osservanza di un termine perentorio è lo strumento più idoneo a soddisfare un interesse --

del soggetto passivo alla sollecita liberazione dalla situazione di soggezione in cui si trova")

- A las facultades de modificación jurídica -- (Gestaltungrechte), en tanto que la prescripción lo haría a las facultades de exigir -acciones de condena- (Vid. DIEZ PICAZO, "En torno ... ", cit, pág. 987; DIEZ PICAZO, "La doctrina de ..." cit, pág. 218 y ss). Valen para la refutación los argumentos esgrimidos res-pecto a los derechos potestativos en general y además lo dicho respecto a la Anspruch.
- Al mancato acquisto di un diritto (GIUSIANA, "Decadenza e prescrizione," Torino, 1.943, pág. 14 afirma que "decadenza non significa che venga eliminato l'effetto di una fattispecie ---- giuridica già perfetta; significa al contrario che viene a mancare la possibilità che si verifichi uno degli elementi della fattispecie, in quanto è decorso inutilmente il tempo --- en.tro il quale avrebbe potuto verificarsi"). TRIMARCHI ("Prescrizione e decadenza", Ius, - 1.956, pág. 223 y ss) critica con argumentos legales -acción de anulabilidad, prescripción, acción de nulidad de matrimonio por error, etc-tal postura y afirma que "una mera differenza di rappresentazioni non può essere che sogge-

ttiva, arbitraria e non può costituire il fon
damento della soluzione di un problema ogge--
ttivo, scientifico" (idem TEDESCHI, "Lineament
ti ... ", cit, pág. 15)

- (13) Un cuadro general de distinciones prescripción-
caducidad ofrecen BIGLIAZZI - BUSNELLI - FERRU
CCI, "Della tutela dei diritti" in Commentario
del Cc., VI, Tomo 4, Torino, 1.964, pág. 527; -
FAUSTO MORENO, "Caducidad", cit, pág. 499 y 503.

Sobre la caducidad Vid. PELLIZI, "In marguie
al problema della decadenza", Giur, it. 1.957,
IV, pág. 38 y ss; SARACENO, "Della decadenza",
cit, pág. 1007 y ss; SANTANIELLO, "Decadenza -
(dir, amm)", Enciclop. del diritto, XI, Milano
1.962; ANDRIOLI, "Decadenza", Enciclop. ital. -
XV, pág. 450 y ss.

Sobre la prescripción, Vid. GARCIA ROMERO DE
TEJADA, "De la prescripción de acciones", Rev.-
Trid, 1.903, pág. 130; LOUZA0, "De la prescrip-
ción", R.D. Pr. 1.919, pág 151 y ss; REZA, "Te-
mas de prescripción", Rev. Crit. Derecho Inmobi-
liario, 1.953, pág. 446 y ss; MAROI, "Prescri--
zione", Enciclop. ital. XXVIII, pág. 203 y ss;
CARBONNIER, "Notes sur la prescription extintive",
REv. Trim. Dr. Civil, 1.952, pág. 171 y ss;
"Cuestiones de derecho civil", RGLJ, T. 56 ---
(1.880), pág. 382 y 554; ALBALADEJO, "Derecho -

Civil", I, 2, cit, pág. 483 y ss.

Quedaría además por relacionar prescripción/caducidad con la preclusión, el plazo preclusivo, la prescripción inmemorial, la prescripción presuntiva, el no uso, la nulidad, etc. a fin de cifrar los linderos entre las figuras en --- cuestión.

¿Hasta qué punto coinciden y hasta dónde son distintas caducidad de la Verwirkung (§ 66 Ehe G. vom 20.2. 1946) Ausschliessung (§ 340 BGB). -- Erlöschen (§ 362, 673, 801, 901, 1002, BGB), -- dècheance (art. 340-4, 378, 792 Cc.), forclusion (art. 660, 664, 158, 494 Cpc), etc?. Todos los términos citados son empleados en los textos le gales de países vecinos. Pues bien de todos ellos sólo la "forclusion" encuentra cierto parecido "próximo" a la caducidad -y aún así más parece referirse a la preclusión que a la caducidad en sí- También este es un tema que sólo en poste--rior estudio abordaremos.

- (14) Nuestra experiencia personal ha sido la siguiente: a medida que hemos ido avanzando en el estudio nos hemos ido convirtiendo en escépticos frente a no importa qué tipo de teoría jurídica; nuestro escepticismo, sin embargo, consiste no en no creer en nada sino en creer en todo -in--cluso en lo "contradictorio" entre sí- al mis-

mo tiempo. También al campo del derecho debe -- ser aplicada la relatividad: la "realidad" -al menos en cuanto aprehendida- se halla en fun--- ción del punto de vista del observador. Veamos un caso concreto:

Supongamos ab initio que sea la acción -en - el sentido de poder de "pedir" que sólo al que lleva razón correspondé- la que prescribe. Si - nos fijamos en los efectos de la prescripción - sobre la acción podría pensarse:

A. La prescripción extingue la acción

A.1 La prescripción extingue la acción por - el mero transcurso del plazo (PUGLIATI, "Eccezione", Enciclop. del Dir. XIV, Milano, 1.965, pág. 164)

A.2 La prescripción extingue la acción por - su no alegación

A.3 La prescripción extingue la acción por - su no alegación en juicio

A.4 Otros

B. La prescripción no extingue la acción.

B.1 La prescripción "barres" (intercepta, -- cierra el paso a) la acción por el mero transcurso del plazo.

B.2 La prescripción "barres" la acción me--- diante su alegación

B.3 La prescripción "barres" la acción mediante su alegación en juicio (PRESTON & --
NEWSON, op, cit.)

B.4 Otros.

Nosotros, a lo largo de la exposición, hemos optado por A.1. (necesitábamos adoptar un punto de partida para realizar la exposición y, tratando de amoldarnos en lo posible al Cc., ésta era la intelección del fenómeno que mejor coordinaba con el citado texto legal). Ahora añadimos que si este mismo trabajo lo hubiéramos querido dirigir a un auditorio anglosajón, habríamos adoptado la concepción B.3

A y B no son sino formas distintas de ver el mismo fenómeno (vid. ALBALADEJO, "Derecho Civil", I, 2º, cit, pág. 484-486). Dad una determinada comunidad cultural, sin embargo, resultará más "forzada" una forma de entender el tema que otra.

Y aún hemos partido de un concepto nítidamente definido de acción. Si no hubiéramos procedido así la complicación habría aumentado enormemente. Así, por ejemplo, si se ~~s~~ostuviese la -- teoría de la acción como derecho abstracto A - dejaría de tener sentido; si se entendiese que la acción es algo más que poder de pedir -v.g. poder de pedir y también de recibir- cuando sub

sistiese una obligación natural tampoco podría hablarse de A, etc. (Si incluimos este párrafo es para advertir cómo la polémica sobre el objeto de la prescripción es en parte fruto de una distinta conceptualización referida a una misma terminología)

Precisión de conceptos y reconocimiento de la "intrínseca" subjetividad del punto de partida -al menos en su conocimiento- son elementos que, según pensamos, toda teoría jurídica que se precie debe contener.

- (15) No es ya solo negar rotundamente que quepa una "clara" distinción ontológica prescripción/caducidad (en contra PUGLIESE, "La prescrizione estintiva", cit. pág. 303 y ss; CANDIAN, "Decadenza e prescrizione", Temi, 1950, pág. 6 y 7, por contra, establece la diferencia no por las causas sino por las consecuencias, sobre una base "teleológico-funzionale"; GRASSO, "Sulla distinzione ... " cit. pág. 893 llega a abogar por la unidad de los institutos) sino "desmitificar" las tradicionalmente pretendidas distinciones -prescripción-caducidad. Así, por ejemplo, recuérdese que no hay inconveniente alguno en admitir que:

- La caducidad, cuando se trate de derechos dis

ponibles, no se aprecia de oficio (dice el T.S. que, aunque la caducidad se aprecia de oficio, debe alegarse si el Tribunal no la conoce -Vid. Sent. 7-4-1.956 y 24-11-1.951- sin perjuicio de lo ya antes dicho sobre la interrupción del plazo de caducidad, dado un supuesto de caducidad convencional, por ejemplo, ¿no resultaría "correcto" entender que solo a instancia de parte pueda estimarse la caducidad?. ALBALADEJO, "Derecho Civil", I, 2º, cit. pág. 525, nota 1, se muestra cuando menos debitativo en este caso)

- La presentación de la papeleta de conciliación (Sent. 12-12-1.962, 30-10-1.965, 20-12-1.969, 21-5-1.970), la de la demanda de pobreza; indicando el asunto a que se refiere (Sent. 18-12-1.968), el agotamiento de la vía administrativa (Sent. 22-3-1.965), aunque no constituyen ejercicio de la acción sometida a caducidad, -- "interrumpen" el plazo de caducidad de la misma, de acuerdo con el art. 479 LEC: la caducidad de la acción puede interrumpirse por razones distintas al ejercicio de la misma. Del análisis desarrollado se desprende que el art. 479 LEC encuentra fundamentalmente aplicación precisamente en los supuestos de caducidad.

Dice la sentencia 25-5-1.979:

"La regla general de la imposibilidad de inte

rrumpir los plazos de caducidad de la acción, tiene que admitir determinadas excepciones - en aquellos supuestos en los que el ordena-- miento positivo exige que, a la presentación de la demanda inicial del proceso, hayan de antecederle como es instar la reposición pre via del acuerdo que se impugne, petición del órgano jurisdiccional para aportar determina dos expedientes o intentar la celebración de acto conciliatorio previo, porque en tales - casos el ejercicio de esas actividades, pre cisas para la iniciativa del proceso judi--- cial, lógicamente debe producir la interrup ción del plazo de caducidad de la acción, -- siempre que se lleven a cabo dentro de él; - en primer lugar, debido a que, en realidad, ya constituyen una actuación precisa para po der presentar o deducir la demanda iniciado ra del proceso judicial, sin la cual no pue de entrarse en su formulación; en segundo lu gar, a causa de que no admitiéndose tal inte rrunción resultaría que los titulares de --- esos derechos vendrían a tener diversos pla zos, según quien fuere el litigante demanda do; y en tercer lugar, por la sencilla ra-- zón de que en ciertos casos quedaría a mer-- ced del obligado el cumplimiento de la pres tación, si de su voluntad dependía la consu-

mación de aquel trámite previo necesario para la presentación de la demanda".

Lástima que a renglón seguido el Tribunal Supremo, acaso "turbado" por su atrevimiento, reconduzca el supuesto del art. 479 LEC -y - con él todos los demás citados- a la figura de la "suspensión"(así lo hace en el considerando siguiente). Ya vimos que no hay casos ver se de interrupción o suspensión y que -- por tanto los citados bien podrían encajar - en la suspensión: lo que nos inquieta, sin embargo, es que el T.S. siga mostrando "timidez" a la hora de afirmar que la caducidad es interrumpible -siquiera excepcionalmente, en estos y algunos otros casos citados- .

Sobre el tema Vid. VALTERRA, "Daños y perjuicios. Caducidad y prescripción". B.C.A. M. Jul-Sept. 1979, pág. 61 y ss; HERNANDEZ CORCHERO, "Caducidad y prescripción extintiva", Madrid, 1.977; FUENMAYOR, "Prescripción extintiva e interrupción judicial", ADC. XXVII, - pág. 8; GUTIERREZ DE CABIEDES, "La conciliación como acto interruptivo", R.D. Priv. --- 1.973, pág. 206 y ss.

No es la justicia del caso concreto sino la teoría la que, caso de conflicto entre ambas, - debe evolucionar. Pretendemos haber adaptado la teoría a las exigencias de la práctica.

CONCLUSIONES

- 1ª. También para el derecho y en concreto respecto a los plazos de prescripción y de caducidad el tiempo no es un concepto absoluto sino una noción -- esencialmente relativa.
- 2ª. La actual indeterminación en el empleo de los -- términos "derecho" y "acción" está motivada fundamentalmente por razones históricas:
 - La evolución del concepto "derecho", aún inacabada, se desenvuelve en dos sentidos: de lo absoluto a lo limitado; de lo concreto a lo abstracto.
 - La evolución del término "acción" va ligada al desarrollo de las actuaciones judiciales en Roma: legis actiones, procedimiento per formulas y extraordinaria cognitio. El Código Civil español mantiene el concepto de acción propio de la extraordinaria cognitio.
- 3ª. Es acertado subsumir bajo una misma denominación prescripción adquisitiva y prescripción extintiva. Ahora bien, la prescripción adquisitiva, mejor adquisición por prescripción, debería figurar como modo de adquirir derechos y no como modo de extinción de los mismos.
- 4ª. No existe hasta la fecha doctrina sobre la actionata capaz de determinar, de forma válida para -

todo caso, el momento inicial del plazo de prescripción o de caducidad; entre otras razones, -- porque dicho momento inicial no debe ligarse al nacimiento de la acción sino al nacimiento del -- plazo para ejercitarla.

- 5ª. No existe ningún tipo de impedimento para que un plazo de caducidad, siquiera sea excepcionalmente, se suspenda o interrumpa. Repárese que lo que se interrumpe o suspende es el plazo, no la pres---cripción o la caducidad.
- 6ª. No existe distinción ontológica entre lo que determina la interrupción y lo que sirve a la suspensión de un plazo de prescripción o de caducidad; particularizando, se puede afirmar que lo -- que normalmente es causa de interrupción del plazo de prescripción puede, en algún caso concreto, ser motivo de suspensión de dicho plazo, y viceversa.
- 7ª. Cuando se trate de derechos disponibles, la caducidad no debe ser estimada de oficio.
- 8ª. No siempre la prescripción exige alegación de -- parte.
- 9ª. No hay impedimento lógico alguno para admitir -- que la prescripción pudiera alegarse en fase posterior a la contestación a la demanda.
- 10ª En línea de principio, tratándose de derechos --

disponibles, debe admitirse que las partes pueden disponer del plazo de caducidad en curso.

11ª Aunque normalmente se conecta la obligación natural con la prescripción, como uno de sus efectos, no hay obstáculo en admitir que también en determinados supuestos de caducidad subsista una obligación natural.

12ª Al ser promulgada la Ley de Enjuiciamiento Civil en 1.881, su art. 479 afectaba entre otros: a la usucapión, a la prescripción extintiva y a la caducidad de acciones. Promulgado el Código Civil en 1.889, la usucapión y la prescripción extintiva fueron excluidas del ámbito de actuación del art. 479 LEC pues a) la usucapión vino a regularse por el art. 1947 Cc. b) la prescripción extintiva se sometió a la nueva normativa del art. 1973 Cc. Así las cosas, resulta que, paradójicamente, hoy en día, el art. 479 LEC. debe tan sólo aplicarse a la caducidad de acciones y no a la usucapión o a la prescripción extintiva.

BIBLIOGRAFIA

ACCARDO, P

"Doloso occultamento del debito ed impossibilit  -
di agire del creditore". Riv. civ. 1.975, II,
pág. 28

ALAS, DE BUEN, RAMOS

"De la prescripción extintiva", 1.918

"De la usucapión", 1.916

ALBALADEJO, M

"Comentario al art. 1973 del Código Civil" R.D.Priv.
Dic. 1977, pág. 987

"Derecho Civil", Barcelona, 1.980 (I), 1982 (II)

"La interrupción de la prescripción extintiva civil
por acto de conciliación no seguido de demanda"
R.G.L.J. Nov. 1.967, pág. 709

ALBERTARIO

"Studi di diritto romano" I-VI, Milano, 1.933-1.953

ALCALA-ZAMORA, N

"Aplicabilidad de la caducidad de la instancia en
el enjuiciamiento mercantil". Clínica Procesal,
Mexico, 1.963

ANDRIOLI

"Decadenza", en Enciclopedia Italiana, XII

"Diritto Processuale civile", Napoli, 1.979

ARAFONESES, P

"Técnica procesal", Madrid, 1.955

ARIAS RAMO. J.

"Derecho Romano", Madrid, 1.974

ARROYO GARCIA, Juan

"La prescripción en las infracciones administrativas". El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. 7 (Abril 1.975), pág. 431

ARTIME, Benito

"Naturaleza del mandato y su prescriptibilidad".
La Reforma. 1.908, pág. 345, 463

AURICCHIO

"Appunti sulla prescrizione", Napoli, 1.971

AZZARITI - SCARPELLO

"Prescrizione e decadenza", Lib. 6 (Tutela dei --
diritti), Commentario del Cc. a cura di Scialoja-
Branca, Bologna - Roma, 1961, pág. 582

BAERWALD

"Erledigung des Rechtstreits", 1.930

BALENA, G

"Effetti della domanda e litisconsorzio necessario"
Riv. dir. proc. 1.979, pág. 604

BATALLA, Alfonso

"Presunción de dividendos y prescripción". Cróni-
ca Tributaria, 22/1977, pág. 27

BATIFFOL

"Droit International Privé", París, 1.967

BECK'SCHE KURZ-KOMMENTARE ZUR Z.P.O.

34. Auflage, München, 1.976

BETTI

"Istituzioni di Diritto Romano", Padova, 1.942

BIGLIAZZI - BUSNELLI - FERRUCCI

"Della tutela dei diritti", Commentario del Cc. VI,
Tomo 4, Torino, 1.964, pág. 371

BIGOT DE PREAMENEU

"Exposé de Motifs", París, 1.804

BIONDI

"Diritto e processo nella legislazione giustiniana", Conferenze per il XIV centenario delle Pandette, 1.931, pág. 131

BISCARDI

"Giudizi paragrafici", Nov. Dig. Ital. VII, Torino, 1.957, pág. 878

BOERI

"La condanna generica ai danni e la prescrizione del diritto al risarcimento". Arch. giur. -- circolaz. e sinistri strad. 1.959 (prescrizione, 3)

BONIFACCY

"De la règle 'contra non valentem agere", París, 1.901

BRIZZI

"Ancora sulla prescrizione del diritto di regresso
del condebitore solidale solvente", Diritto e
Giurisprudenza, 1.966, pág. 58

BUGNET

"Oeuvres de Pothier", París, 1.848 (II)

CALAMANDREI

"La condanna generica ai danni". Riv. dir. proc.
civ. 1.933, I, pág. 357

"Studi sul processo civile", Padova, 1.947 (V)

CANDIAN

"Decadenza e prescrizione", Temi, 1.950, pág. 1

CANNATA, C.A.

"Eccezione (dir. romano)", Nov. Dig. Ital. VI, --
Torino, 1.957, pág. 346

CAPOLUPO, S

"Prescrizione e decadenza in materia tributaria",
Fisco, 1.979, pág. 1131

CAPPELLETTI, C

"Chiamata di un terzo in causa de parte del con--
venuto e interruzione della prescrizione", Mo-
nitore dei Tribunali, 1.969, pág. 630

CARAVANTES

"Tratado ... sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento"
Madrid, 1.856 (II)

CARBONE, L.S

"Sulla legge regolatrice della prescrizione". Riv.
Internaz. priv. proc. 1.966, pág. 519

CARBONNIER

"Notes sur la prescription extinctive", Rev. Trim.
Dr. Civ. 1.952, pág. 171

CARDENAL FERNANDEZ, Jesús

"El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones"
Madrid, 1.979

CAENELUTTI

"Appunti sulla prescrizione". Riv. dir. proc. civ.
1.933, I, pág. 32

"Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano"
tr. Guasp, Barcelona, 1.942

"Lezioni di diritto processuale civile", Padova,
1.930 (I)

"Sistema de Derecho Procesal", Argentina, 1.944

"Teoría General del Derecho" tr. Javier Osset, Ma
drid, 1.955

CARRERAS

"El embargo de bienes", Barcelona, 1.957

CARUSI, F

"Ancora in tema di opponibilità della conversione
della prescrizione prevista dall'art. 2953 Cc.
al condebitore solidale rimasto estraneo al -

giudizio", Dir. Autom. 1.966, pág. 127

"In tema di condanna generica al risarcimento del danno e di prescrizione da giudicato con particolare riguardo al condebitore solidale rimasto straneo al giudizio". Dir. Autom. 1.965 pág. 212

CASTAN

"Derecho Civil Español común y foral", Madrid, --
1.971 (I, 2º), 1978 (II, 1º)

CATAUDELLA, A

"Prescrizione, decadenza e situazioni esaurita".
Foro padano, 1.970, VI, pág. 10

CHICO ORTIZ, J.M

"Estudios sobre Derecho Hipotecario", Madrid, --
1.981 (I), 1.982 (II)

CHIOVENDA

"Azione ed eccezione", Saggi di dir. proc. civ. -
Roma, 1.930 (I)

"Istituzioni di Diritto Processuale", Napoli, ---
1.933 (I)

"Principios de Derecho Procesal Civil", tr. Casal
y Santaló, 1.925 (II)

CIC. Y LEGISLACION COMPLEMENTARIA

BAC, Madrid, 1.974

CLAUSEN, F.W.

"Inwieweit schliessen gegen die Forderung bestehen
den Einreden die Verjährung aus nach gemeinem
Rechte und nach B.G.B.", 1.902

CLEMENT

"De la règle *contra non valentem agere*", París,
1.902

COLOMBO, Carlos

"Caducidad de la instancia de pleno derecho". Bue
nos Aires (Argentina), 1.962

CONSEJO DE ESTADO

Dictamen 12-Mayo-1.949, Recopilación de doctrina
legal del C.E. 1.948-1.949, Madrid, 1.950, pág.
31

COOK, W

"Substance and procedure in the Conflict on Laws"
42 Yale Law Journal, 1.933 pág. 332

CORSALE, M

"Prescrizione estintiva (Storia del diritto)". Nov.
Dig. Ital. XIII, 1.957, pág. 640

COVIAN, Victor

"Interrupción civil de la prescripción. La citación
judicial" R.G.L.J. T.100 (1.902) pág. 516

CRISAFULLI

"In tema di efficacia di leggi incostituzionali"

Giurisprudenza costituz. 1.967, pág. 688

CUELLO CALON, E

"Derecho Penal", Barcelona, 1.981 (I, 2º)

DE CASTRO, F

"Temas de Derecho Civil", Madrid, 1976, pág. 145

DEIANA, G.M.

"Problemi di politica legislativa in tema di ---
interruzione della prescrizione", Studi Greco,
pág. 321

DE MARINI, C.M.

"Prescrizione breve e querela". Scritti in memoria
di Piero Calamandrei, 1.958 (III), pág. 179

DERNEBURG

"System des Römischen Rechts". Der Pandekten achte,
umgearbeitete Auflage, bearbeitet von Dr. Paul
Sokolowski,

DIAZ VELASCO, M

"Analogías y diferencias entre la nulidad y la ca
dudidad de patentes de invención" R.D. Priv.
1.946, pág. 169, 247

"Revocación y rehabilitación de registros de mar-
cas" R.D. Priv. 1.951, pág. 467, 568

DIEZ - PICAZO, L

"En torno al concepto de prescripción", A.D.C. XVI,
4 (1.963) pág. 969

"La doctrina de los propios actos", Barcelona, 1963

"La interrupción de la prescripción". R. Dº. Nota
rial, 1.963, pág. 13

"La prescripción en el Código Civil", Barcelona,
1.964

DIEZ-PICAZO - GULLON

"Sistema de Derecho Civil", Madrid, 1.977 (I)

DOMINGUEZ MOLINA, J

"Distinción entre interrupción y suspensión de la
prescripción de las acciones; su aplicación a
las derivadas del transporte ferroviario". --
R.J. C. T.47 (1.946), pág. 3

DONNEAU

"Commentarii iuris civilis", lib. XVI, cap. VIII

DRESER, Adolf

"Die Hemmung der Verjährung nach dem Rechte des -
B.G.B", Würzburg, 1.935

ENNECERUS

"Derecho Civil" tr, Perez y Alguer, Barcelona, --
1.935 (I, 2º)

ESCRIBANO LOPEZ, Frco

"Procedimiento de liquidación: Presupuestos meto-
dológicos y consecuencias prácticas. Prescrip-
ción e interrupción de plazos". Crónica Tribu-
taria, 19/1.976, pág. 183

FAZZALARI, E

"Istituzioni di diritto processuale", Padova, 1.979

FENECH, M

"Derecho Procesal Civil", Madrid, 1.980

"El concepto de documento auténtico" R.G.L.J. ---
1.941 (I) pág. 216

"El Proceso Penal", Madrid, 1.982

FERRONE, P

"Sulla prescrizione del diritto al risarcimento -
del danno da fatto illecito". Nuovo dir. 1.965
pág. 881

FERRUCCI

"Prescrizione estintiva", Nov. Dig. Ital. XIII, -
1.957, pág. 642

FIGUEIRA LOURO, Miguel

"Derribo de obras sin licencia" Rev. Est. Vida Lo
cäl. 195/1.977, pág. 525

FIORE, P

"De la irretroactividad de las leyes" R.G.L.J. --
1.889, pág. 338

FUENMAYOR

"Prescripción extintiva e interrupción judicial"
A.D.C. XXVII, pág. 8

FUENTES CARSI, Frco.

"La pretensión de caducidad de registro en materia

de propiedad industrial" R.D.Priv. Int. 1976,
2-3, pág. 499

FURNO, Carlo

"Estinzione del processo e impedimento della deca-
denza", Rv. dir. proc. 1.952, II, pág. 101.

GARBAGNATI

"Efficacia nel tempo della decisione di accoglimen-
to della Corte Costituzionale, Riv.dir.proc.
1.974, pág. 201

GARCIA GOYENA

"Concordancias, motivos y comentarios del Cc. espa-
ñol" Madrid, 1.852

GARCIA ROMERO DE TEJADA, J

"De la prescripción de acciones" Rev,Trib. 1.903,
pág. 130

GARCIA TORRES, J

"Notas sobre el tema de la prescripción de las --
infracciones administrativas en la Jurispru--
dencia contencioso-administrativa" R.D.Públ.
64/1.976, pag. 469

GAYOSO ARIAS, R

"Cuestiones civiles hipotecarias sobre prescrip-
ción" R.T. 1.913, pag. 356

"La prescripción adquisitiva del derecho de pren-
das. Relación entre la prescripción del domi-
nio y demás derechos reales y la prescripción

de acciones". Reforma Legislat. 1.907, pág. -
89, 97

GELSI BIDART, Adolfo

"Para la noción de caducidad" R.D.Pr. Iber. 1.977
2-3, pág. 403

GENTILE, G

"Regime della prescrizione in materia di responsab
bilità civile", Responsab. Civ. 1.958, pág.291

"Sulla prescrizione dei diritti dell'assicurato -
nell'assicurazione della responsabilità civile"
Resp. Civ. 1.960, pág. 490

GENTILI BALLESTRERO

"Sugli effetti della dichiarazione di incostituzion
alità della normativa sull'imprescrittibilità
dei diritti dei lavoratori", Foro it. 1.968,
I, pág. 1980

GERI, V

"Appunti in materia prescrizione del diritto al -
risarcimento derivato da fatto illecito perman
ente", Giust, civ. 1.966, I, pág. 1610

GISMONDI

"La prescrizione estintiva (diritto canonico)" --
Nov.Dig.Ital. XIII, Milano, 1.957, pág. 653

"La prescrizione estintiva nel diritto canonico",
Roma, 1.940

GIULIOTTI, A

"Rinuncia tacita all'eccezione di prescrizione",
Nuovo dir. 1.966, pág. 693

GIUSIANA

"Appunti sulla prescrizione", Riv.dir.civ. 1.957,
I, pág. 424

"Decadenza e Prescrizione", Torino, 1.943

GOLDSCHMIDT, J

"Derecho Procesal Civil" tr. Prieto Castro, Barcel
lona, 1.936

GOLDSCHMIDT, Werner

"La distinción entre Derecho Procesal y Derecho -
material en el Derecho Internacional privado
anglosajón" R.D.Proc. 1.946, pág. 273

GOMEZ ACEBO, F

"La buena y mala fe: su encuadramiento en la teo-
ría general del Derecho y su eficacia en el Cód-
igo Civil", R.D.Priv. 1.952, pág. 101, 192

GOMEZ ORBANEJA - HERCE QUEMADA

"Derecho Procesal Civil", Madrid, 1.976

GONDARD

"De la suspensión de la prescription", París, 1904

GONZALEZ PEREZ, Jesús

"Comentarios a LPA", Madrid, 1.977

"Derecho Procesal Constitucional", Madrid, 1.980

"Sentencias del T.S.". Rev.Crit. Dº. Inmobiliario
Jul-Ag 1.972, pág. 939

GRASSO, B

"Sulla distinzione fra prescrizione e decadenza",
Riv.Trim.dir.proc.civ. 1.970, pág. 866

GRAWEIN, Alexander

"Verjährung und gesetzliche Befristung" Eine civilistische und wechselrechtliche Untersuchung mit besonderer Rücksicht auf das österreichische Recht. Erster Teil. Civilrechtliche Grundlegung
Leipzig, 1.880

GROPALLO

"Contributi alla teoria generale della prescrizione", 1.930

GROSSE

"Die Erledigung des Rechtstreits ohne Urteil", 1907

GUASP, Jaime

"Comentarios a la LEC", Madrid, 1.943 (I)

"Derecho Procesal Civil", Madrid, 1.968 (I)

"Juez y hechos en el proceso civil", Barcelona, 1948

GUERRA SAN MARTIN, José

"Prescripción de responsabilidad penal en delitos de imprudencia", Madrid, 1.968

GUERRIERI, D

"La lettera del difensore del danneggiato e la pres

crizione". Dir. e pratica dell'assicuraz. 1959
pág. 295

GUTIERREZ DE CABIEDES

"La conciliación como acto interruptivo", R.D.Priv.
1.973, pág. 206

HERMANN

"Civilrechtliche Fristen und Verjährungen des --
Deutschen Reichsgesetze", 1.900

HERNANDEZ CORCHERO

"Caducidad y prescripción extintiva", Madrid, 1977

HERRERA, J.L.

"Aplicación de la prescripción en el regimen de -
Convenios Fiscales", Crónica Tribut. 22/1.977
pág. 101

HOYO, Tomás del

"Prescriptibilidad del mandato", La Reforma, 1908
Pág. 453, 465, 496 y 539

IACCARINO, U.M

"Questioni di prescrizione nel giudizio di riconos-
cimento della sentenze straniere", Annuario -
internaz. 1.965, pág. 130

IGLESIAS, J

"Derecho Romano", Barcelona, 1.965

"Espíritu del derecho romano" Univ. Complutense,
Madrid, 1.980

JAVERNIG, O

"Juristische Kurz-Lehrbücher", München, 1.981

JELLINEK

"Sistema dei diritti pubblici soggettivi" tr. G. Vi
tagliano, 1.911

JEMOLO, A. C

"Ancora sulla natura delle sentenze della Corte -
Costituzionale", Foro it. 1.967, I, pág. 1368

JIMENEZ CONDE, F

"La apreciación de la prueba legal y su impugna--
ción", Salamanca, 1.978

KOSCHAKER

"Europa y el Derecho Romano", Madrid, 1.955

LAVAGNINI, G

"Certeza dei rapporti giuridici e decadenza" Massi
mario Giurispr. Lavoro, 1.967, pág. 72

LA VALLE

"La retroazione della pronuncia d'incostituzionalità
sui provvedimenti e sugli adempimenti amminis-
trativi", Riv.Trim.dir.proc.civ. 1.963, pág.
875

LATAGLIATA, Angelo R.

"Circunstancias discrecionales y prescripción del
delito" tr. Fratarcangelli y Cabo, Madrid, 1973

LIEBMAN, E.T

"Manual de Derecho Procesal Civil", tr. Sentís Me
lendo, Buenos Aires, 1.980

LOUZAIO, Evaristo

"De la prescripción", R.D.Priv. 1.919, pág. 151

LUGO, A

"Manuale di diritto processuale civile", Milano ,
1.971

LUZZATI, M.A

"Trattative fra assicuratore della responsabilità
civile e danneggiato ed interruzione della --
prescrizione nei confronti dell'autore del --
danno", Assicuraz, Nov-Dic 1.959, pág. 278

MAGAZZU

"Decadenza", Nov.Dig.Ital. Torino, 1.960, V, pág.
235

MANRESA Y NAVARRO

"Comentarios a la LEC Reformada etc", Madrid, 1953
(II)

MARCHINI, A

"In tema di condanna generica al risarcimento e di
prescrizione dell'azione diretta alla liquida
zione del quantum", Archiv.resp.civ, 1.959 -
(prescrizione, 38)

MAROI

"Prescrizione", Enciclopedia Ital. XXVIII, pág 203

MARQUEZ, José

"El derecho de retracto y su caducidad" R.D.Proc.
1.946, pág. 189

MARTI DE SALAZAR, Juan Frco. de

"Propiedad industrial (marcas-nombres comerciales)"
R.D.Priv. 1.975, pág. 196

MARTIN

"La prescription liberatoire en droit international
privé". Révue de droit. internat, XIX, pág. 262

MERCIER

"La prescription liberatoire en droit internatio-
nal privé", Lamanne, 1.897

MICHELLI

"Sospensione, interruzione ed estinzione del pro-
cesso", Riv.D.Proc.Civ. 1.942, I, pág. 3

MIER VELEZ, A. de

"Buena fe y costumbre hasta el siglo XV", Pamplona
1.968

MIGUEL TRAVIESAS, M

"El testamento", R.D.Priv. 1.935, pág. 97

MIRABELLI

"Della prescrizione", Napoli, 1915

MODICA

"Teoria della decadenza", Torino, 1.906 (I)

MOISSET DE ESPANES, Luis

"Interrupción de la prescripción por demanda", Argentina, 1.968

"La lesión en los actos jurídicos", Argentina, 1965

MONTEL, A

"A proposito di inizio del periodo di prescrizione e atti interruttivi della stessa", Temi, 1.960
pág. 191

MONTESANO

"Sulla condanna generica", Riv.trim.Dir.proc.civ.
1.962, pág. 553

MORENO, Fausto

"Caducidad", Nueva Enciclp. Jurid. Barcelona, 1951
(III), pág. 497

MORILLAS CUEVA, Lorenzo

"Acerca de la prescripción de los delitos y las pe
nas", Univ. Granada, 1.980

MUÑOZ ROJAS, Tomás

"Caducidad de la instancia judicial", Madrid, 1963

MUTHER

"Zur Lehre von der römischen Actio", Erlangen, 1857

NAENDRUP

"Die Verjährung als Rechtsscheinwirkung", -----
Iheringsjahrbücher, vol 75, 1.925, pág. 237

NARDI

"Rapporti tra ritenzione, prescrizione ed obbligazione naturale in diritto romano e vigente",
Studi Parmensi, V, Milano, 1.955, pág. 53

NOVOA SEOANE, R

"¿Es prescriptible el mandato?". La Reforma, 1.908
pág. 313, 415, 474 y 506

NUÑEZ LAGOS

"Documento auténtico en la casación civil", Madrid
1.960

OGAYAR Y AYLLON, T

"Contadores-partidores mancomunados. Caducidad de
su nombramiento", Madrid, 1.960

ORESTANO, R

"Azione (in generale)". Encicl. del Diritto, IV,
1.959, pág. 785

ORIANI, Renato

"Processo di cognizione e interruzione della prescrizione", Napoli, 1.977

PALERMO

"Prescrizione e diritti irrenunciabili del lavoratore secondo i principi costituzionali" Mass.
Giur.Lav. 1.966, pág. 366

PAULYS REALENCYCLOPADIE DER CLASSISCHEN ALTERTUMSWISSENSCHAFT, Stuttgart, 1.897

PELLIZZI, G.L

"In margine al problema della decadenza", Giur.it.
1.957, IV, pág. 38

PENA CARDENAL, C

"Alrededor de la aplicación al transporte ferro--
viario de la distinción entre interrupción y
suspensión de prescripción de acciones", R.J.C.
T.50 (1.945), pág. 43

PEREZ ARDA, E

"Caducidad de los testamentos especiales", R.G.L.J
T.115 (1.909), pág. 303

PEREZ ROYO, Fdo.

"Sobre la prescripción en Derecho Tributario y --
los actos con virtualidad interruptiva de la
misma", Cron. Trib. 19/1.976, pág. 199

PERSEO, T

"Decorrenza della prescrizione nell'azione di ri-
sarcimento da danno extracontrattuale nel ca-
so di estinzione del reato per amnistia, ec",
Archiv.giur.circolaz. 1.959 (prescrizione, 21)

PETRUCCI

"Condanna (in generale)", Enciclop. del Dir. pág.
710

PLANAS Y GASALS, M

"Prescripción: su interrupción jurídica", R.I.C -
T. 1 (1.895), pág. 265

PODETTI, J.R

"Teoría y técnica del proceso civil", Buenos Aires,
1.963

POGLIANI, M

"La prescrizione nell'assicurazione di responsabi
lità civile", Responsab. civ. 1.960, pág. 433

PORPETA, Florencio

"Conferencia, Caducidad y prescripción". Narración
de Sánchez Torres. R.D. Mercantil, Vol. 7/1949
pág. 431

POUPART, F

"La prescription extinctive en matière de responsa
bilité civile", Rev, Jur. Thémis, Univ. Montréal
(Canadá) Vol. 15, 1.980-1.981, pág. 245

PRESTON & NEWSON

"Limitation of action", 2º Edition

PRIETO CASTRO, Leonardo

"Exposición del Derecho Procesal Civil de España"
1.944 (I)

"La caducidad en el proceso", Trabajos y orienta-
ciones de Derecho Procesal, Madrid, 1.963, --
pág. 188

"Tratado de Derecho Procesal Civil", Pamplona, 1982

PUIG BRUTAU

"Fundamentos de Derecho Civil", Barcelona, 1.979
(I, 1º)

PUIG PEÑA

"Caducidad de los testamentos", N.E.J. Seix, Barcelona, 1.951, III, pág. 510

PUGLIATTI

"Eccezione (teoría generale)", Enciclop. del Dir, XIV, Milano 1.965, pág. 164

PUGLIESE

"Actio e diritto subietivo", Milano, 1.939

"La prescrizione estintiva", Torino, 1.934

"Prescrizione acquisitiva", Milano, 1.921

QUINTANA, C

"Caducidad del testamento otorgado ante el párroco"
Anuario Derecho Aragonés, 1.944, pág. 365

RAAPE

"Internationales Privatrecht", Berlin, 1.961

RAMOS MENDEZ, F

"Derecho Procesal Civil", Barcelona, 1.980

RANIERI, F

"Exceptio temporis y replicatio doli nel diritto
nell'Europa Continentale", Riv.civ. 1.971, I,
pág. 253

"Sospensione convenzionale della prescrizione ed
exceptio pacti sive doli", Riv.civ. 1.971, II,
pág. 11

RAZZA, L

"Sentenza di condanna generica e decorrenza della
prescrizione", Dir.Giur. 1.959, pág. 688

REDENTI

"Diritto Processuale Civile", I, 1.980

REUTER

"Über die Berechtigung des Gegensatzes "Verjährung
und gesetzliche Befristung" ", 1.896

REZA, Alfredo

"Temas de prescripción", Rev.Crit.Dº.Inmobil. 1953
pág. 446

ROBERTI, S

"Decorrenza della prescrizione dell'azione civile,
nei casi di estinzione del reato per amnistia,
dalla data della relativa declaratoria del --
giudice penale e non da quella del decreto",
Foro it. 1.957, IV, pág. 118

ROCA SASTRE

"Derecho Hipotecario", Barcelona, 1.948 (III)

ROCCO, Ugo

"Teoría general del Proceso Civil", tr. Felipe de
J. Tena, Mexico, 1.959

ROGNONI

"Condanna generica e provvisoria ai danni", Milan
no, 1.961

ROMANO, Alberto

"Note in tema di decadenza", Riv.trim.dir.proc.civ.
1.964, pág. 183

ROMANO, Santi

"Poderes. Potestades", Fragmentos de un Diccionario jurídico, tr. Sentís Melendo y Ayerra, --
Buenos Aires, 1.964, pág. 297

ROMERO HERNANDEZ, F

"La inactividad material de la Administración ante la infracción urbanística" R.A.P., 82/En-Abr. 1.977, pág. 153

ROSENBERG

"Verjährung und gesetzliche Befristung nach dem bürgerlichen Recht des deutschen Reichs", 1904

ROSENBERG- SCHWAB

"Zivilprozessrecht", München, 1.981

SAEZ JIMENEZ Y LOPEZ FDEZ DE GAMBOA

"Compendio de derecho procesal civil y penal", Madrid, 1.963 (I)

SAHM

"Die aussergerichtliche Geltendmachung der Verjährungseinrede", Iheringsjahrbücher, 49, 1.905, pág. 59

SALVADOR BULLON

"La prescripción de las faltas disciplinarias en el derecho español", Madrid, 1.952

SANTANIELLO

"Decadenza (dir. amm)", Enciclop. del Dir. XI, Mi
lano, 1.962

SANTORO - PASSARELLI

"Prescrizione e decadenza" Riv.D.Civ. 1.926, pág.
556

SARACENO

"Della decadenza", Commentario al Cc. diretto da
D'Amelio- Finzi, libro della tutela dei diritti,
Firenze, 1.943, pág. 1007

SATTA

"Condanna generica", Enciclop. del Dir. VIII, Mila
no, 1.961, pág. 720

"Interruzione della prescrizione sospesa" Riv.dir.
commierc. 1.963, II, pág. 289

"Manual de derecho procesal civil" tr. Sentís Me-
lendo y de la Rúa, Buenos Aires, 1.971 (I)

SCHONKE - SCHRODER - NIESE

"Zivilprozessrecht", Karlsruhe, 1.956

SCHULTZ, Dietrich

"Verjährung und Fälligkeit", Juristen-Zeitung, Nov
1.973, Vol, 28, pág. 718

SCHWALBACH, T

"Verjährung und gesetzliche Befristung", ----
Iheringsjahrbücher, 20, pág. 265

SCUTO, E

"La valutazione della prescrizione nell'obbligazione solidale passiva", Dir.Giur. 1.961, pág. 157

SENTIS, S

"Estudios de Derecho Procesal", Buenos Aires, 1967

SERRA DOMINGUEZ, M

"De la prueba de las obligaciones", Comentarios al Cc. y Compilaciones Forales, dirigidos por Manuel Albaladejo, Madrid, 1.981 (XVI, 2)

SILENZI, L

"Sulla decorrenza di un nuovo periodo della prescrizione interrotto da un atto di citazione - nullo", Nuovo dir, 1.961, pág. 412

SOLS, Pedro

"Prescripción contra el registro. Síntesis de la doctrina legal" ADC. T.2 (1.949), pág. 124

TEDESCHI

"Decadenza (dir. e proc. civ)", Enciclop. del Dir, XI, Milano, 1.962

"Lineamenti della distinzione fra prescrizione -- estintiva e decadenza", 1.948

"Prescrizione estintiva e decadenza", Riv.D.Proc. Civ. 1.942, I, pág. 57

"Riflessioni sulla prescrizione e sulla decadenza" Annali Genova, 1.973, pág. 271

TRIMARCHI

"Prescrizione e decadenza" Jus. 1.956, pág. 218

VACCARELLA, Romano

"Inattività delle parti ed estinzione del processo
di cognizione", Univ. di Camerino, 1.975

VACIRCA, G

"L'interruzione della prescrizione nei diritti po
testativi", Dir.Giur. 1.973, pág. 803

VALTERRA

"Daños y perjicios. Prescripción y caducidad", Bo
letin Colegio Abogados de Madrid, Jul-Sept. -
1.979, pág. 61

VARIOS

Sent. app. Milano 16-3-1.954, Foro it. 1.955, I,
pág. 897 con nota crítica de Buttaro

Sent. app. Milano 20-5-1.958, Assicurazioni, Nov-
Dic 1.959, pág. 278

Sent. A. L'Aquila 13-12-1.965, Foro pad. 1.967, I,
pág. 289

Sent. C. Cass. 16-10-1.958, Foro it. 1.958, I, pág.
1614

"Consulta nº 2 Prescripción de acciones. Interpre
tación y alcance del art. 1973 Cc.", R.T. 1920
pág. 35

"Consulta. Embargo preventivo. Cancelación de ano

tación preventiva por caducidad de instancia"

R.G.L.J. t.157 (1.930), pág. 540

"Resolviendo una cuestión. Sobre prescripción de acciones", R.J.C. T.69 (1.952), pág. 59

"Cuestiones de Derecho Civil", R.G.L.J., T.56 --- (1.880), pág. 382, 554

"Principios Generales del Derecho: la prescripción se interrumpe por la sola reclamación", Rev. Dº.Esp. y Americ. año IV, nº 19, pág. 986

VENDITTI, GA

"Sulla prescrizione del diritto al risarcimento - del danno in caso di proscioglimento del reato per difetto di querela", Giust, civ. 1.959, I, pág. 811

VERDE, G

"Opposizione a precetto e interruzione sospensiva della prescrizione", Dir.Giur. 1.966, pág. 217

VINCENT, Jean

"Procédure Civile", París, 1.978

WEBER

"Unterschied von Verjährung und Befristung", 1.898

WEISS

"Verjährung und gesetzliche Befristung nach dem - bürgerlichen Rechte des deutschen Reichs", -- München, 1.905

WENGER

"Istitutionen des römischen Zivilprozessrechts",
München, 1.925

WINDSCHEID

"Die Aktio des römischen Civilrechts von Standpunkte
des heutigen Rechts", Düsseldorf, 1.856

WLASSAK, V

"Praescriptio und bedingter Prozess", Zeitschrift
der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte;
Romanische Abteilung, 33, pág. 81

"Römische Procesgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte
des Formularverfahrens", Leipzig, 1.888-91, -
pág. 61

WOLFF

"Private International Law", London, 1.950

ZACCARIA, R

"Sugli effetti nel tempo della pronuncia d'incos-
tituzionalità di legge che sancisce decadenza"
Foro it, 1.967, I, pág. 1514